Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2017-2

(septiembre 2017)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. 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.
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez
Socio de la FICP. Investigador contratado. Acreditado Ayudante Doctor.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación: Prof. Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz
Socia y coordinadora de la FICP. Investigadora. Univ. de Alcalá
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. asociado Derecho Penal.
Prof. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona
Socia de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de 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@ficp.es* ***estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias****.*

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

Foro FICP es una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 8

1. Semblanzas 8

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña 8
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. José Cerezo Mir *in memoriam*. Semblanza personal
Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer 29
Nota sobre la partida del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Cobo del Rosal
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva 35
In memoriam. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Manuel Cobo del Rosal 35

2. Estudios 39

Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro 39
Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código Penal español
Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz 68
Aproximación al resultado jurídico: relaciones y diferencias con otras acepciones del término "resultado"

Ponencias presentadas en el XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá 83

Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal 83
La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa frente a la representación de la justificación: un criterio para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo 95
¿Autoría mediata a través de aparatos organizados (u organizativos) de poder?
Prof. Dr. Esteban Sola Reche 103
El principio de legalidad como garantía criminal
Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros 119
Imputabilidad y conciencia de lo ilícito: de su objeto y relación
Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz 150
Notas sobre el concepto de lesión de bienes jurídicos: en especial, sobre la lesión de bienes jurídicos supraindividuales
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona 181
A vueltas con el concepto de peligrosidad criminal en el Derecho Penal actual. Alternativas metodológicas (resumen)
Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas 183
La autonomía del delito comisivo omisivo
Prof. Dra. Marta García Mosquera 184
Juicios rápidos y conformidad: posible vulneración de los derechos fundamentales según el Tribunal Constitucional Federal alemán (resumen)

Relaciones de los debates de las ponencias presentadas al XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá 186

Prof. Cristina Isabel López López 186
Relación sobre el debate de la ponencia "El consentimiento presunto y su relevancia especial en el marco de la ampliación de una intervención quirúrgica" del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal

Prof. Alfredo Alpaca Pérez 192
Relación sobre el debate de la ponencia "¿Autoría mediata a través de aparatos organizados (u organizativos) de poder?" del Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo
Prof. Juan Pablo Uribe Barrera 199
Relación sobre el debate de la ponencia "El principio de legalidad como garantía criminal" del Prof. Dr. Esteban Sola Reche
Dhyana Stephanía Serrano Suárez 203
Relación sobre el debate de la ponencia "Imputabilidad y conciencia de lo ilícito: de su objeto y relación" del Prof. Dr. Náquira Riveros
Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid 212
Relación sobre el debate de la ponencia "A vueltas con el concepto de peligrosidad criminal en el Derecho penal actual. Alternativas metodológicas" del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M. Romeo Casabona
Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer 216
Relación sobre el debate de la ponencia "La autonomía del delito comisivo omisivo", de la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas
Prof. Dra. Isabel Durán Seco 220
Relación sobre el debate de la ponencia "Juicios rápidos y conformidad: posible vulneración de los derechos fundamentales según el Tribunal Constitucional Federal alemán", de la Prof. Dra. Marta García Mosquera

Comunicaciones presentadas al XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá 225

M.ª Luisa Álvarez-Castelanos Villanueva 225
Cuestiones procesales que plantea la imputación de las personas jurídicas
Patricio Arribas y Atienza 240
El delito de sedición
Ana Isabel Betrán Pardo 259
Acumulación de condenas. La doctrina jurisprudencial de los bloques fructíferos
M.ª del Carmen Buendía Rubio 280
Detención ilegal y "Habeas Corpus"
Antonio Bueso Alberdi 294
El procedimiento de aceptación por decreto en el proceso penal
María Camacho Belmonte 303
Responsabilidad del asesor fiscal ante el blanqueo de capitales
Javier del Corte López 314
Comentario a la STS (Sala 2ª) núm. 865/2015, de 14 de enero de 2016, sobre la responsabilidad civil derivada del delito en el "caso Prestige"
M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas 337
Los delitos de odio
Prof. Marta Escudero Muñoz 352
Aplicación retroactiva a delitos de terrorismo perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 2/2015, de 30 de marzo
Mónica Fernández Salgado 369
Suspensión extraordinaria de la condena por sufrir enfermedad grave con padecimientos incurables
Amalia Fustero Bernad 379
Responsabilidad civil de la Administración por no dotar a sus agentes de chalecos antibalas
Victoria Gallego Martínez 388
El acoso personal. Análisis doctrinal y jurisprudencial
Ildefonso Manuel Gómez Padilla 402
Diferencias conceptuales entre imputado, investigado, procesado y encausado. Derecho de defensa

Dr. Santiago Javier Granado Pachón 414
Fundamentos de la justicia restaurativa
Rocío Gutiérrez Gallardo 428
El delito de *stalking* del artículo 172 ter del CP. Referencias a la reciente STS 324/2017, de 8 de mayo de 2017
María José Hernández García 437
El *bullying* o acoso escolar en la Ley del Menor. ¿Necesidad de endurecimiento de la pena?
Francisca Juárez Vasallo 446
La competencia por conexidad del Tribunal del Jurado
Carmen Lapuerta Irigoyen 460
El cibercrimen y el agente encubierto *on line*
Francisco Javier de Lemus Vara 479
Competencia territorial y diligencia de acceso a dispositivos de almacenamiento masivo
Francisco José Malfeito Natividad 492
Las medidas de seguridad en el Código Penal
Diego Martín Fernández 499
La posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena al mediar petición de indulto
Dr. José M.ª Nacarino Lorente 507
Duración de la detención: aspectos procesales prácticos
Prof. Susana Román Corbacho 518
Moneda virtual: ¿una puerta abierta al delito?
Silvia M.ª Rosales Pedrero 526
La protección de testigos en el proceso penal
M.ª Adoración Ruiz Rodríguez 541
La potestad sancionadora y su relación con el Derecho penal
Joana Ruiz Sierra 553
El delito de *stalking*
Daniel Sánchez Romero 567
La LO 2/2010 y sus repercusiones sobre el abono de la prisión provisional
Inmaculada Serrano Pérez 584
Menores como autores de infracciones penales y su responsabilidad
Julia Serrano Trigueros 598
La nueva agravante de género
Dr. Francisco Javier Tejedor Muñoz 617
Tratamiento de la alevosía en los delitos de violencia de género: análisis jurisprudencial
Juan Carlos Velasco Perdigones 626
Las intervenciones telefónicas y el secreto de las comunicaciones. Estado de la cuestión en la jurisprudencia
Prof. M.ª Ángeles Vilchez Gil 644
La reforma del delito de cohecho en la LO 1/2015
Prof. Dra. Sonia Victoria Villa Sieiro 651
Líneas básicas del sistema de justicia penal de menores
Silvia Vivó Cabo 669
Las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado. ¿Posibilidad de nuevas imputaciones?

3. Recensiones 683

Recensión de ABEL SOUTO, Miguel, La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 170 páginas. 683

II. NOTICIAS DE LA FICP 691

1. Congresos, seminarios y cursos 691

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 697

1. Distinciones, galardones; grados académicos 697

2. Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP 701
3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP..... 711

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Semblanzas[1]

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña
Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Alcalá. Presidente de honor de la FICP.
Director de Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)

~Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. José Cerezo Mir *in memoriam*. Semblanza personal~

I. *Introducción*

En la madrugada del día 19 de julio de este año 2017 falleció en Zaragoza a los 85 años el insigne catedrático español de Derecho Penal Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Don José Cerezo Mir, uno de los más ilustres e importantes penalistas hispanoparlantes de influencia internacional de la segunda mitad del siglo XX y comienzos del XXI, un ejemplar universitario y maestro dedicado ininterrumpidamente toda su vida en cuerpo y alma a la Academia y un modelo de persona, afable, abierto, cariñoso y especialmente, lo que desgraciadamente no es tan frecuente, de una honradez sin tacha.

Dado que uno de sus más importantes discípulos, el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Gracia Martín, sucesor de la cátedra que tuvo su maestro en Zaragoza, querido amigo y socio y colaborador de nuestra FICP desde los primeros tiempos, va a escribir también para estas páginas de la FICP una amplia semblanza del maestro y su obra, examinando su orientación dentro del finalismo y entrando en el debate entre las diversas tendencias dentro del mismo y sus diferencias, estas páginas que le dedico al Prof. Cerezo van a ser más breves y constituirán sobre todo una semblanza personal, con recuerdo igualmente personal de la relación nuestra y con nuestras escuelas a lo largo de medio siglo.

II. *La trayectoria del Prof. Dr. Cerezo Mir*

1. José Cerezo Mir nació en Madrid el 17 de abril de 1932, hijo de otro ilustre catedrático español de Química orgánica, el Prof. Dr. Don José Cerezo Giménez, de

[1] Todas las semblanzas están también publicadas con carácter permanente en nuestra página web www.ficp.es, en la sección de Noticias de las Ciencias Penales.

origen vallisoletano, y de Doña María Mir Seguí, maestra de origen menorquín (Mahón). Su abuelo paterno, también de nombre José, Don José Cerezo Ayuso, había sido director del Banco de España en varias provincias. Su padre tuvo su primera cátedra en la canaria Universidad de La Laguna, y luego fue catedrático en la Universidad de Salamanca y en la de Valladolid, pero falleció con sólo 47 años en julio de 1945. Por ese motivo su hijo Don José Cerezo Mir, residiendo en el Colegio mayor Santa Cruz, realizó en la Facultad de Derecho de la Univ. vallisoletana su carrera de Licenciatura de Derecho, cursando con el catedrático Prof. Dr. D. Juan del Rosal Fernández las asignaturas de Derecho Penal, quien, como el propio Cerezo contaba, le dio las máximas calificaciones y le recomendó siendo aún estudiante especializarse en Derecho penal y que se doctorara bajo su dirección para poder participar en los concursos-oposiciones a la máxima categoría de catedrático. Aún estudiante de licenciatura, J. Cerezo, que se había sentido atraído e interesado por el finalismo y la obra de su creador Hans Welzel expuesta a través del espléndido estudio sobre La doctrina de la acción finalista, 1953, del ilustre catedrático de Valencia Prof. Dr. D. José Arturo Rodríguez Muñoz, eligió Alemania y estudió intensamente el idioma alemán durante la segunda mitad de su licenciatura.

2. Ya licenciado con Premio extraordinario en 1954, J. Cerezo realizó asimismo en Valladolid los cursos de doctorado y el Prof. J. del Rosal le dio dos opciones para completar su formación: ir a ampliar estudios en Alemania a Bonn con Welzel o en Italia a Roma con Grispigni. Ante esa opción, J. Cerezo, que, como acabamos de ver, se había sentido atraído e interesado por el finalismo y la obra de su creador Hans Welzel y que había estudiado antes intensamente el alemán, eligió Alemania y en 1956 marcha a especializarse a la Universidad de Bonn, donde permanece hasta 1960 bajo la dirección del gran maestro Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans Welzel, catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho, financiando su estancia primero con una beca predoctoral del DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico) y, tras doctorarse en la Univ. de Valladolid con una tesis doctoral sobre la lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa (que luego no quiso publicar en su totalidad, sino sólo un extracto porque aún respondía a un planteamiento causalista de lo injusto en la tentativa), con una beca postdoctoral de la prestigiosísima y selecta Fundación Alexander von Humboldt, y finalmente siendo Asistente del Prof. Welzel. En la Universidad de Bonn conoció a la que fue su esposa, Dª Bella Bagdassarian, una inteligente y –haciendo honor a su nombre– bella estudiante

armenia-iraní de Filología, y en Bonn, la pequeña ciudad renana entonces capital de la República Federal de Alemania, contrajeron matrimonio. Con ella, que dejó su país y le acompañó para siempre a su regreso a España, compartió toda su vida y tuvieron tres hijas: Anabel, María y Eva.

En esos cuatro años Hans Welzel se convirtió en el auténtico maestro de J. Cerezo e inspirador en sus planteamientos de la teoría final de la acción y sus consecuencias para la sistemática finalista del delito con inclusión del dolo y también la imprudencia como parte subjetiva del tipo de injusto, el mantenimiento en la culpabilidad de la conciencia de la antijuridicidad y consiguientemente de la ausencia de la misma, el error de prohibición, y compartiendo la llamada teoría estricta de la culpabilidad y considerando por ello el error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación como mero error de prohibición, que por tanto no excluye el dolo ni en caso de ser invencible la imprudencia, sino que deja subsistente el dolo y sólo afecta a la culpabilidad, atenuándola o excluyéndola. Y Cerezo Mir siempre se mantuvo en lo sustancial en el mismo planteamiento finalista ortodoxo y moderado de Welzel, es decir, a diferencia de las corrientes finalistas subjetivistas más extremistas, admitiendo en el ilícito, en lo injusto no sólo el desvalor de la acción del dolo o la imprudencia, sino también el desvalor del resultado y considerando por ende el resultado como elemento constitutivo del tipo de injusto y no como mera condición objetiva de punibilidad, y considerando que la infracción del deber de cuidado núcleo de la imprudencia es objetiva-general, y no subjetiva-individual dependiendo de la capacidad del sujeto. E incluso Cerezo Mir llegó en su manual a dar el paso de admitir en gran medida la construcción de la imputación objetiva como elemento objetivo implícito del tipo de injusto, que en cambio ha sido rechazada por el finalismo ortodoxo, que ha defendido que es un elemento superfluo o incluso perturbador, ya que sostienen que las mismas limitaciones se pueden obtener con una adecuada concepción del dolo distinto del mero deseo.

3. A su regreso a España en 1960, el Prof. J. del Rosal había dejado Valladolid y era desde tres años antes catedrático de la Univ. de Madrid. Pero el Prof. Cerezo Mir se ha distanciado y apartado de él por diversas razones, de las que las más importantes eran por una parte el total alejamiento de orientación científica al compartir ahora Cerezo plenamente la sistemática finalista y el prolongar su estancia alemana con Welzel, lo que no le gustaba a del Rosal, y por otra parte el dato decisivo (del que a J. Cerezo, por

delicadeza propia de un caballero, no le gustaba nunca hablar) de que J. del Rosal no le apoyó plenamente, sino que pasó por delante a otros dos jóvenes profesores más modernos que Cerezo Mir, y que luego efectivamente obtuvieron la cátedra en un concurso-oposición anterior a aquel en el que él triunfó. Por eso J. Cerezo comenzó en la Univ. de Madrid, con estrecheces económicas que le obligaban a trabajar simultáneamente como traductor e intérprete (que narran muy bien sus discípulos editores del Libro Homenaje a Cerezo Mir por su 70.º cumpleaños[2]), trabajando primero un breve tiempo como ayudante con el catedrático iusfilósofo Prof. Dr. don Joaquín Ruiz Giménez, y a través del catedrático procesalista Prof. Dr. E. Gómez Orbaneja entró en contacto en la misma Universidad de Madrid y se acogió a la tutela del gran catedrático y jurista Prof. Dr. Don José Antón Oneca, excelente penalista, liberal auténtico y humanista, que se convirtió en su muy querido maestro español y con el que fue Prof. Ayudante y Prof. Adjunto; y, al jubilarse Antón Oneca al cumplir 70 años en marzo de 1967, el Prof. Cerezo Mir pasa a ser durante dos años el encargado de la cátedra. En esa década de los sesenta, en que ya comienza su intensa y fructífera producción científica, se presenta en 1960, 1963, 1965 y 1967 a sucesivos concursos-oposiciones a diversas cátedras, sin éxito pese a sus relevantes méritos.

4. Hasta que al fin en 1969, en un concurso-oposición nacional a cuatro plazas de Prof. Agregado de Derecho Penal el Prof. Cerezo Mir superó con toda justicia las pruebas con el número uno (las otras tres plazas las ganaron por este orden los Profs. Dres. Ángel Torío López, Rodrigo Fabio Suárez Montes y Agustín Fernández Albor) y eligió la plaza de Profesor Agregado de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, donde estuvo un año. Los Profesores Agregados de Universidad fueron una categoría que constituía la puerta de acceso a la cátedra –categoría creada a finales de los 60 por el Ministerio de Educación español para no convocar directamente concursos-oposiciones a cátedras y suprimida en 1983 por la Ley de Reforma Universitaria y que yo mismo obtuve a primeros de 1980 con mi Agregación en Salamanca–, a la que sólo se accedía siendo previamente Doctor y mediante los mismos concursos-oposiciones de seis durísimos ejercicios que para las cátedras y que suponía una condición de cuasi-

[2] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO/GRACIA/HIGUERA (eds.), La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. Don José Cerezo Mir, Madrid, Tecnos, 2002, en la inicial Semblanza académica y científica de Don José Cerezo Mir, pp. XV ss., en la que por cierto el lector puede encontrar muchos más detalles sobre su vida y trayectoria que los que aquí ofrezco.

catedrático y, una vez ganada, permitía obtener una cátedra vacante por simple antigüedad sin necesidad de más pruebas.

Así el Prof. Cerezo Mir obtuvo en 1970 su primera cátedra en la Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, que desempeñó durante 26 años, dirigiendo también el Departamento de Derecho penal, hasta septiembre de 1996, en que gana en concurso de méritos la cátedra de Derecho Penal de la UNED (Univ. Nacional de Educación a Distancia) en Madrid, en su Facultad de Derecho, dirigiendo igualmente el Departamento de Derecho Penal. Allí culminó su vida académica oficial impartiendo su magisterio durante otros doce años, primero como catedrático en activo hasta su jubilación en octubre de 2002, periodo en el que asumió también la dirección de la 2ª época de la Revista de Derecho Penal y Criminología editada por la UNED, y a continuación nombrado catedrático emérito durante otros seis años hasta diciembre de 2008.

5. Tras esa fecha continúa sin embargo bastante activo, tanto publicando como impartiendo conferencias y ponencias en España y el extranjero, siempre acompañado de su esposa, Bella, hasta que a ella un cáncer que arrastraba de tiempo atrás y otras dolencias acabaron tristemente produciendo su muerte en mayo de 2011. Ello, pese a tener en Madrid viviendo muy cerca de su casa a su hija María, su yerno y sus nietos, supuso un golpe y una pérdida tremenda para él, que sentía una profunda pena y poco a poco empezó a bajar su estado, apareciendo unos tres años después algunos problemas de salud y neuronales con pérdida en gran parte de la memoria reciente, por lo que finalmente no podía seguir viviendo solo y sus hijas acordaron trasladarlo a Zaragoza, donde viven dos de ellas, Anabel y Eva, a una residencia magnífica, donde tenía además adecuado cuidado médico, pero de la que podía salir, por conservar excelente movilidad, cuando lo venían a ver amigos o familiares y lo acompañaban a determinadas ocasiones.

6. J. Cerezo Mir tuvo hasta después incluso de sus años en activo y de dedicación exclusiva a la Universidad una permanente e intensa actividad investidadora y de publicaciones[3] plasmada, por una parte, en los libros Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, Valladolid 1964, Problemas fundamentales del Derecho penal, Madrid 1982, Estudios sobre la moderna reforma penal española, Madrid 1993, Consideraciones

[3] Para una relación completa y en detalle de sus publicaciones hasta 2002 v. el citado LH a Cerezo, pp. XXIII ss.

político-criminales sobre el Proyecto de CP de 1992, Zaragoza 1993, Temas fundamentales del Derecho penal I, II y III, Buenos Aires, 2001-2002-2006, y especialmente su obra magna, un auténtico tratado de Parte General, con riquísima y densa documentación bibliográfica en muchos centenares de notas en los tres tomos, que él modesta e inexactamente llamó en la edición española Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, en tres tomos (t. I Introducción, 1.ª ed. 1976 a 6.ª ed. 2004, t. II Teoría general del delito 1, 1.ª ed. 1976 a 6.ª 1998, y tomo III: Teoría general del delito 2, 2001), refundidos en un solo volumen en la ed. argentina/uruguaya con el nombre de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires/Montevideo 2008; y por otra parte, en cientos de artículos sobre diversísimos temas del Derecho penal, especialísimamente la Parte general y sobre todo la teoría general del delito y la introducción y fuentes, con los que fue construyendo poco a poco su impresionante Parte General, pero también la penología, el Derecho penal juvenil, muy diversas materias de Parte especial, la política criminal y la reforma penal, todos de una gran profundidad y altísimo nivel científico, publicados principalmente en revistas y obras colectivas españolas, alemanas e iberoamericanas, pero también en otros países.

7. El Prof. Dr. Cerezo Mir creó durante toda su vida activa una muy amplia y prestigiosa escuela por su muy alto nivel científico, bastante superior al habitual, y con muy numerosos y destacados discípulos directos e indirectos, españoles e iberoamericanos. Discípulos españoles directos y Catedráticos son por orden de antigüedad en la cátedra los Profs. Dres. José Luis Díez Ripollés, Univ. de Málaga, Carlos María Romeo Casabona, primero en la Univ. canaria de La Laguna y desde 1996 en la Univ. del País Vasco en Bilbao, donde dirige también la muy conocida cátedra interuniversitaria (junto con la Univ. de Deusto) de Derecho y Genoma Humano, Luis Gracia Martín, Juan Felipe Higuera Guimerá y Miguel Ángel Boldova Pasamar, Univ. de Zaragoza, y muy recientemente Alicia Gil Gil, UNED en Madrid; Profesores Titulares los Dres. Alfonso Guallart de Viala, jubilado, Carmen Alastuey Dobón (Zaragoza), Mariano Melendo Pardos y Juan Manuel Lacruz López (UNED, Madrid). Discípulos españoles indirectos: catedráticos: los Profs. Dres. Esteban Sola Reche y Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (La Laguna, discípulos de C. Romeo), Patricia Laurenzo Copello, Juan Muñoz Sánchez y Octavio García Pérez (Málaga, dirigidos por Díez Ripollés), María Ángeles Rueda Martín (Zaragoza, discípula de L. Gracia); Titulares y otros profs. Doctores: en la Univ. de Málaga, Dres. Ana Isabel Cerezo

Domínguez, Elisa García España, Ana M.ª Prieto del Pino, Fátima Pérez Jiménez, Alberto Daunis Rodríguez, José Becerra Muñoz, Alberto Daunis Rodríguez, M.ª José Benítez Jiménez, Deborah García Magna, Ana M.ª García Muñoz, Antonio Martín Pardo, Francisco Montijano Serrano, D. José Luis Rodríguez Candela, Fátima Cisneros Ávila, Marta Fernández Cabrera, D.ª Carmen Rocío Fernández Díaz, Luis Vélez Rodríguez, Lorea Arenas García, Noelia Corral Maraver, Jesús de Orellana Lozano, María Contreras Román, Antonio Galacho, (discípulos de J. L. Díez Ripollés o de los otros catedráticos), en la de La Laguna, Ulises Hernández Plasencia, Fátima Flores Mendoza, Andrés Martín Cruz (discípulos de C. Romeo), en la de Zaragoza Belén Mayo Calderón, Estrella Escuchuri Aísa, Eva Fernández Ibáñez (disc. de L. Gracia), Asier Urruela Mora (disc. de C. Romeo) y Jorge Vizueta Fernández (disc. de J.F. Higuera), y en el País Vasco/Deusto (con C. Romeo) Amelia Martín Uranga, Juan Miguel Mora Sánchez, Emilio José Armaza Armaza, Sergio Romeo Malanda (actualmente en la Univ. de Las Palmas de Gran Canaria), Elena Atienza Macías, Pilar Nicolás Jiménez, Aitziber Emaldi Cirión, Íñigo de Miguel Beriain, Andrea Perin (italiano); y segurámente hay más .Y en los iberoamericanos el Prof. Cerezo ha sido el director en Zaragoza o UNED de las tesis doctorales de al menos los siguientes: en Brasil Luiz Regis Prado, Titular de la Univ. de Paraná, en Uruguay Diego Silva Forné, Univ. de la República, Montevideo, o en Chile Juan Carlos Cárcamo Olmos, Univ. de Valparaíso, o Francisco Miguel Soto Piñeiro, Univs. de Chile y de Talca, en Argentina Javier de la Fuente, Sandro Abraldes o Gustavo Aboso; y en Zaragoza se doctoraron con L. Gracia las discípulas brasileñas de L. Regis Prado sucesivamente las hermanas Érika y Gisele Mendes de Carvalho.

8. El Prof. cerezo Mir fue, como ya he anticipado, Director de la 2ª época (1998 a 2006 inclusive) de la Revista de Derecho Penal y Criminología editada por la UNED, la RDPCr, que había fundado años antes en su primera época el Prof. Titular de esa Univ. Dr. D. Alfonso Serrano Gómez, y consiguió convertirla por su calidad en una de las primeras revistas penales entre las de habla española y las internacionales.

9. En las incontables reformas penales parciales tanto antes como después de la restauración de un sistema democrático en España en 1977, en los sucesivos proyectos de Código Penal que desembocaron finalmente en un nuevo CP español de 1995 y en sus igualmente innumerables reformas posteriores, los sucesivos gobiernos y parlamentos solamente contaron una vez con el Prof. Cerezo Mir como miembro de la

Sección Penal, con más de una treintena de miembros, de la Comisión General de Codificación designada por el Ministerio de Justicia en el gobierno de la UCD (Unión de Centro Democrático) para discutir para Anteproyecto de CP en 1979 y el Proyecto de CP de 1980, pero no formó parte de la ponencia cuatrimembre encargada de su elaboración; ni se le llamó para otros proyectos posteriores que finalmente culminaron en el vigente CP, ni para reformas posteriores del mismo, pese a sus conocimientos y altura y a su incansable labor de publicaciones sobre los sucesivos proyectos y reformas legislativas parciales: así lamentablemente son los políticos, gobernantes y parlamentarios, en nuestro sin embargo querido país (los cuales por cierto, de modo igualmente increíble, no han contado ni siquiera una sola vez en materia legislativa con el asesoramiento de uno de nuestros mejores penalistas, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. S. Mir Puig,).

10. En cambio, el Prof. Cerezo disfrutó otros múltiples reconocimientos, en el fondo mucho más importantes. En primer lugar, los permanentes de los integrantes de su muy numerosa escuela nacional e iberoamericana y los de aprecio, consideración y afecto de muchísimos colegas penalistas de todo el mundo, especialmente entre los mejores. Además tuvo el reconocimiento de las máximas distinciones académicas: en primer lugar seis Doctorados *honoris causa* que se le concedieron: en septiembre de 2000 por el INACIPE (Instituto Nacional de Ciencias Penales) de México y otros cinco a partir de septiembre de 2004 en Perú: en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, la José Carlos Mariátegui de Moquegua, la Nacional de Tacna, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima y la Univ. de Cuzco/Cusco, y además fue nombrado Profesor Honorario por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima y otras muchas. O por último, el importantísimo citado Libro Homenaje de 2002, con más de 1.600 páginas, que a sus 70 años le dedicamos con el mayor aprecio un elenco numerosísimo de penalistas, la mayor parte de primera fila, empezando por el número uno de la ciencia penal mundial, Claus Roxin, y donde no faltan otros alemanes tan importantes como Gössel o Schünemann.

III. *Nuestra relación durante cincuenta años*

1. Yo cursé como estudiante mi licenciatura de octubre de 1966 a julio de 1971 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, en aquel momento la única universidad madrileña, que anteriormente se había llamado Universidad Central, y que en 1971, al haberse creado el año anterior en Madrid una segunda Universidad, la

Autónoma de Madrid, pasó a utilizar el gentilicio latino –*complutensis*, de la ciudad romana de Complutum, posteriormente llamada Alcalá por los árabes y mantenido ese nombre con la reconquista cristiana– de la vieja Universidad de Alcalá/Universitas Complutensis, es decir pasó a denominarse Universidad Complutense de Madrid. Y tras presenciar yo como joven estudiante en 1967 en el salón de Grados de esa Facultad de Derecho la oposición (concurso) de ámbito nacional a las cátedras de Derecho Penal de La Laguna y Oviedo y los brillantes y profundos ejercicios que en ella defendió el Prof. Cerezo, aunque sin éxito, tuve en ese segundo curso académico, el de 1967/68, el privilegio de conocerlo y disfrutarlo día tras día como Prof. encargado de impartirnos el Derecho Penal, Parte General y de ese modo recibir una exposición íntegra, excelente y muy atractiva de la sistemática finalista del delito y sus diferencias con la tradicional y mayoritaria concepción neoclásica causalista.

Sus enseñanzas me entusiasmaron (aún recuerdo con deleite entre otros muchos supuestos cómo nos explicaba gráficamente cómo el ánimo de apropiación había de ser un elemento subjetivo del tipo de injusto y no de la culpabilidad del hurto con el ejemplo del sujeto que ha dejado su abrigo en el guardarropa y al ir a recogerlo se encuentra con otro abrigo de piel mucho más caro que el suyo, nos proponía suspender un momento la acción cuando el sujeto ha tomado en sus manos el abrigo carísimo y nos preguntaba si era posible calificar ese acto como tentativa de hurto o simplemente como una acción necesaria para sacar de debajo el propio abrigo sin saber la intención o ánimo que le movía). Y las pude complementar con el lujo de la presencia del propio maestro Prof. Dr. Hans Welzel en persona que, invitado por su discípulo Cerezo a Madrid, nos impartió a los alumnos del Prof. Cerezo una inolvidable conferencia sobre "La doctrina de la acción finalista hoy" en la primavera de 1968 en el Instituto de Estudios Jurídicos de la calle Marqués de Cubas de Madrid. Y con la lectura en biblioteca, que me permitía profundizar aún más en la materia que él nos exponía, de libros importantes como el de Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems/ El nuevo sistema del Derecho Penal en traducción del propio Cerezo en 1964 (aún no se había traducido el manual de Welzel), el de Gallas, La teoría del delito en su momento actual o repasar nuevamente todo el Maurach, Tratado de Derecho Penal, Parte General, que junto con el de Mezger yo ya había estudiado al comenzar mi carrera de Derecho por orientación de mi padre, el Dr. Don Manuel Luzón Domingo, fiscal y publicista que había sido encargado de cátedra años atrás en la Univ. de Murcia. El Prof. Cerezo me

dio la máxima calificación en su asignatura de Parte General al acabar ese curso en junio de 1968 y desde entonces me tuvo y me demostró siempre la mayor consideración y afecto, naturalmente recíprocos, y que se fueron incrementando con los años. Lamentablemente en el siguiente curso 1968/69 no nos impartió él la Parte Especial, sino el Prof. Dr. Rodríguez Devesa; y en el último trimestre de 1969, como ya he mencionado, José Cerezo Mir obtuvo el puesto número uno en el correspondiente concurso-oposición y ganó su plaza de Profesor Agregado en la Univ. de Valencia, dejando por tanto la de Madrid.

Por esas razones y alguna otra circunstancial yo no lo elegí a él, sino a otro profesor de la Univ. de Madrid, para dirigir mi formación y mi tesis doctoral cuando decidí dedicarme a la docencia e investigación universitaria al acabar mi licenciatura. pero el tiempo me demostró que podía y debía haber buscado como maestro al Prof. Cerezo Mir, que con el aprecio inmenso que desde el principio me tuvo me habría acogido con los brazos abiertos y con quien, con su bonhomía, rectitud y bondad, habría mantenido la misma inmejorable relación de aprecio y cariño que hemos disfrutado hasta el final, sólo que incrementada si hubiera sido discipular. Esto lo he comentado alguna vez con él y con su esposa Bella, y muchas veces con sus discípulos y también con los míos, diciéndoles riendo que, si así hubiera sido y salvo que mi carácter inquieto en la investigación me hubiera hecho tomar otros derroteros, probablemente en mi escuela hoy seríamos finalistas, con uno u otro matiz.

2. Voy a mencionar a continuación algunos recuerdos de nuestra relación personal en estos cincuenta años, después de lo que ya he expuesto sobre el comienzo de la misma.

2.1. Desde el principio me tuvo y me mostró una máxima valoración y deferencia. Así cuando, siendo yo aún Prof. Adjunto desde dic 1977, fui invitado por mi íntimo amigo S. Mir Puig, ya Prof. Agregado, a participar como ponente al I Seminario Hispano-germánico de DP que dirigió sobre Reforma del Derecho Penal, Fac. Derecho Univ. Autónoma Barcelona del 5 al 8 de marzo de 1979, con un elenco de ponentes de primerísima fila en la ciencia penal internacional como eran, aparte del propio Mir, Jescheck, Roxin, Stratenwerth, Arthur Kaufmann, Armin Kaufmann, Cerezo, Córdoba, Rodríguez Mourullo, Pérez Vitoria, Gimbernat, Muñoz Conde, Quintero, del Toro,

Bustos y García Valdés[4]; y pese a que eran otros tiempos y la mayoría de dichos ponentes estrellas eran de concepciones académicas muy tradicionales e incluso elitistas en cuanto al rango académico, J. Cerezo les dijo reiteradamente a todos sus colegas alemanes y españoles que le parecía perfecto que yo fuera también ponente sin ser aún un *Professor* ordinario o extraordinario (catedrático o agregado) porque era un penalista extraordinariamente bueno y brillante.

2.2. Esas maravillosas muestras de aprecio, alabanzas y también afecto personal las mantuvo permanentemente y aún acrecentadas con los años durante toda su vida. Por citar sólo unos ejemplos más, nuestra confianza y estrecha amistad fue creciendo al participar juntos en otros congresos y conferencias en España y en otros países:

- Así, en congresos organizados por terceros, por mencionar solamente unos pocos, sobre todo de los del principio, porque han sido incontables: en en las I Jornadas de Catedráticos y Agregados de Derecho Penal en la Univ. de Santiago de Compostela del 10 al 12 de abril de 1980[5], a las que yo ya asistí como flamante Prof. Agregado por concurso-oposición de tres plazas, de las que pude elegir la primera en Salamanca, jornadas en las que participamos la mayoría de la por entonces escasa treintena de catedráticos y agregados de nuestra disciplina que éramos en España y donde ya nuestras respectivas esposas, la de Cerezo y la mía, se habían hecho muy buenas amigas, lo que duró toda su vida. O, siendo yo ya catedrático desde mayo de 1981, en el restringido Seminario Hispano-Alemán sobre la reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales, dirigido por el Prof. Dr. M. Barbero Santos y organizado por el Instituto Alemán de Madrid y la Univ. Complutense de Madrid del 11 al 13 de marzo de 1982, en el que, moderados por R.F. Suárez Montes, fuimos co-ponentes Cerezo con Hirsch, yo mismo con Kreuzer, Muñoz Conde con Schüler-Springorum, y Barbero con Tiedemann[6]; o como ponentes en las VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Torremolinos, 24 a 26 mayo 110; en el mítico congreso internac. en la Univ. Coimbra en 1991 por la investidura como Dr. h. c. del Prof. Dr. C. Roxin: Colóquio Internacional "Para um sistema de direito penal europeu"/ Internationales Kolloquiuum: "Bausteine

[4] Su contenido fue publicado en el libro: MIR PUIG (ed.), La reforma del Derecho penal, Univ. Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, y en el libro MIR PUIG/ROXIN/BARATTA/ et al., Política criminal y reforma del Derecho penal, Bogotá, Temis, 1982.

[5] Sus ponencias están recogidas en el libro: FERNÁNDEZ ALBOR (dir.), La reforma penal y penitenciaria, Univ. Santiago, 1980.

[6] Las ponencias están recogidas en el libro: BARBERO/CEREZO/HIRSCH/LUZÓN/KREUZER/MUÑOZ CONDE/SCHÜLER-SPRINGORUM/TIEDEMANN, La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales, etc., Madrid, Inst. Alemán, 1982.

eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems". Homenaje a Claus Roxin (dirs. Profs. Figueiredo Dias y Schünemann), Fac. de Direito Univ. de Coimbra, Portugal, 20-22 mayo 1991[7]; o en el Encuentro La reforma del Código Penal dirigido por el Prof. Dr. F. Morales Prats en la Univ. Internac. Menéndez Pelayo de Santander del 24 al 26 julio 1991; o en la IX Semana del Libro Jurídico de la Univ. Autónoma de Madrid, abril de 1992; y así en innumerables ocasiones en los años sucesivos.

También en el verano de 1988 mi primer discípulo Javier de Vicente, ya Prof. Titular, realizó una estancia de investigación en el Instituto de Ciencias Criminales de la alemana Univ. de Colonia, que dirigía el Prof. Dr. Hans-Joachim Hirsch, discípulo de Welzel y por eso muy amigo del Prof. Cerezo, y a mediados de septiembre coincidió durante toda una semana con éste, que asistió como ponente a un congreso internacional dirigido por Hirsch, y allí profundizaron en la relación que ya tenían de recíproco afecto y consideración desde que Cerezo a partir de 1981 había venido a visitarnos reiteradamente como conferenciante a la Univ. de León.

- Y por supuesto en multitud de invitaciones recíprocas a conferencias o congresos organizados por Cerezo o por mí o por nuestros respectivos discípulos.

Así participó él desde el principio en una gran parte de las conferencias y ciclos de conferencias que organicé de 1981 a 1988 en la Univ. de León, como p. ej. en el curso 1986/87 en el Ciclo Conferencias con los Profs. H. Bianchi, Beristain , Cerezo Mir, Barbero Santos y Berdugo. En los Seminarios hispano-alemanes codirigidos por mí mismo y S. Mir Puig o a la inversa: en el Seminario Hispano-Alemán sobre Causas de justificación y de exclusión de la tipicidad y del injusto penal, Univs. de Barcelona y Alcalá, 28 a 30 marzo 1990 (Ponentes: Profs. Perron, Günther, Hruschka, Suárez Montes, Díez Ripollés, Cuerda Riezu, Carbonell)[8]; o en el Seminario Hispano-alemán sobre responsabilidad penal de órganos de empresas y personas jurídicas (Ponentes: Profs. Jakobs, Gracia Martín, Bajo Fernández, Schumann, Bottke, Muñoz Conde, Frisch. Moderadores: Profs. Cerezo Mir, Luzón Peña, Mir Puig, Jorge Barreiro, Bacigalupo Zapater, Cuerda), Cátedra Teneo de Derecho empresarial, Madrid.-Univ.

[7] Las ponencias están recogidas en España en el libro SILVA SÁNCHEZ (ed. española)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, J.M. Bosch, 1995, y en Alemania en SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 1995.

[8] Ponencias recogidas en el libro: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, Pamplona, Aranzadi, 1995.

Alcalá 24-26 marzo 1993[9]; o junto con su discípulo el Prof. Dr. Gracia Martín en el Seminario Hispano-Alemán sobre Cuestiones básicas del Derecho Penal en la actualidad (Ponentes: Profs. Dres. Herzberg, Wolter, Kindhäuser, Silva Sánchez, de Vicente Remesal, Díaz y García Conlledo), Univ. Alcalá, 23-24 marzo 1995[10]. Asimismo el Prof. Cerezo fue invitado en diversas ocasiones por mis discípulos más antiguos, los Profs. de Vicente Remesal y Díaz y García Conlledo, como conferenciante o ponente en congresos y jornadas en sus respectivas Univs. de Vigo el primero y Pública de Navarra y después León el segundo. Y sus discípulos catedráticos los Profs. Dres. Carlos Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Miguel Ángel Boldova, y sus discípulos indirectos también catedráticos E. Sola Reche, discípulo de Romeo, y Mª. Ángeles Rueda Martín, discípula de Gracia, asisten desde hace años como ponentes especiales, moderadores o invitados a los restringidos Seminarios Interuniversitarios internacionales de D. Penal que bajo mi dirección celebramos anualmente con mi escuela, los patronos de la FICP y algunos otros colegas cambiantes en mi Univ. de Alcalá.

Todos ellos son socios de nuestra FICP, como lo son también su discípula directa la Prof. titular en Zaragoza Dra. Carmen Alastuey Dobón, y varios discípulos indirectos, como el catedrático Dr. Fernando-Guanarteme Sánchez Lázaro, en Univ. de La Laguna, en la de Zaragoza los profs. titulares Dres. Asier Urruela Mora, Belén Mayo Calderón y Estrella Escuchurri Aísa y el prof. J. M. Farjas Ballester, y en la de Málaga las profs. discípulas de los catedráticos Profs. Dres. Díez Ripollés y Octavio García Pérez las Dras. Marta Fernández Cabrera y Marta Fernández Díaz.

Y yo participé como ponente o conferenciante en múltiples eventos organizados por él, como en la Mesa redonda sobre el nuevo Código Penal de 1995 (Profs. Dres. Cerezo Mir, Luzón Peña, García-Pablos de Molina, Serrano Gómez). U.N.E.D. Programa de la U.N.E.D. emitido en Radio Nacional de España el 2-11-1996; las IV Jornadas de Profesores y Estudiantes de las Univs. de Madrid, celebradas en la UNED, 21-23 abril 1999; o en el magno Congreso Internacional Modernas tendencias en la

[9] Las ponencias de este Seminario hispano-alemán, junto con las de las Jornadas hispano-alemanas sobre responsabilidad por el producto (codirigido por Mir y por mí; Ponentes: Profs. Puppe, Kuhlen, Corcoy, Rodríguez Montañés, Paredes Castañón, Pantaleón Prieto), Univ. Barcelona 11-12 marzo 1994, están recogidas en el libro: MIR PUIG/ LUZÓN PEÑA, (coords.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, J. M. Bosch, 1996.

[10] Ponencias recogidas en el libro: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, (dirs.), Cuestiones actuales de teoría del delito, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

ciencia del Derecho Penal y en la Criminología que dirigió en la UNED del 6 al 10 nov. 2000[11]; en las VIII Jornadas de Profesores y Estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, UNED, 27 abril 2004. Y en muchísimos otros organizados por sus discípulos (y hasta hace poco coincidiendo por supuesto en ellos con el Prof. Cerezo), como: En la Univ. de la Laguna, Tenerife, (dir. Prof. Romeo y más adelante también Prof. Sola): Jornadas Nacionales sobre Libertad de expresión y medios de comunicación (Consejo Gral. del Poder Judicial/Univ. La Laguna), 23-25 abril 1990; Jornadas Últimas tendencias de la reforma penal, 6-7 mayo 1991; congreso sobre Aspectos actuales de la nueva regulación penal, 17-19 abril 1997; Jornadas sobre la infección por VIH/SIDA. Aspectos clínicos y jurídicos, 7-8 mayo 1998; congreso El Código penal de 1995: 5 años después, 5-8 marzo 2001. En la Univ. de Málaga (dir. Prof. Díez Ripollés, últimamente también Prof. J. Muñoz Sánchez): en VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, organizadas por Junta Andalucía/Univ. Málaga, en Torremolinos 24-26 mayo 1990; Seminario sobre El nuevo Código Penal: cuestiones de actualidad, 23-25 abril 1997; en Master de Derecho Penal y Política criminal, Univ. de Málaga (Dirs. Profs. Dres. José L. Díez Ripollés y Juan Muñoz Sánchez), 9-10 nov. 2016. En Bilbao UPV/Cátedra Derecho y Genoma humano (dir. Prof. Romeo): Seminario "Genética y Derecho Penal. Previsiones del Código Penal Español de 1995". Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Vizcaya de Derecho y Genoma Humano celebración: Fac. Derecho Univ. de Deusto , Bilbao 15-16 octubre 1999. O en Zaragoza (dir. Prof. L. Gracia) III Congreso Iberoamericano de Estudiantes de Derecho Penal, sobre: La responsabilidad en el ejercicio de la función pública y ámbitos asimilados, 25-27 abril 2001. Por citar un último ejemplo, José Luis Díez Ripollés y yo fuimos los únicos españoles invitados durante una semana a Buenos Aires como ponentes al Congreso Internacional de Derecho Penal: 75º Aniversario del Código Penal argentino, celebrado en la Fac. de Derecho de la U.B.A del 11 al 14 agosto 1997, organizado por múltiples Facultades de Derecho argentinas y con participación del mayor número de penalistas nacionales y extranjeros congregados nunca en aquel país.

[11] El contenido de este impresionante congreso internacional de ciencias penales que organizó el Prof. Cerezo, sin duda uno de los más importantes de los que se han celebrado en España en nuestro campo por su duración y por el número (36) y sobre todo la relevancia de los ponentes y moderadores nacionales e internacionales, está recogido en el libro: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid, UNED, Fac. Derecho, 2001. Quiero subrayar que, a pesar de la indicada importancia del congreso y del libro, por la enorme e inusual modestia del Prof. Cerezo Mir su nombre no aparece mencionado en la portada exterior ni interior como editor o director del libro o tan siquiera del congreso.

- Igualmente participamos ambos en tribunales de tesis doctorales dirigidas por nosotros dos o por discípulos nuestros: el Prof. Cerezo formó parte del tribunal evaluador de las tesis dirigidas por mí y defendidas en la Fac. de Derecho de la Univ. de León por dos de mis discípulos actualmente catedráticos más antiguos: Miguel Díaz y García Conlledo sobre la autoría en julio de 1989 y José Manuel Paredes Castañón sobre el riesgo permitido en dic. de 1993. Y yo he formado parte de los tribunales de las siguientes tesis doctorales dirigidas dentro de su escuela: en abril de 1996 en la tesis de Octavio García Pérez sobre La punibilidad en la teoría jurídica del delito (dir. Prof. Díez Ripollés), Univ. Málaga; en sept. 1995: en la tesis de Laura Miraut Martín sobre La justificación de los delitos de peligro abstracto (dir.: Prof. Romeo Casabona), Univ. La Laguna; en dic. de 1998 en la Univ. de Zaragoza de la tesis de Carmen Alastuey Dobón sobre La reparación en el sistema de consecuencias jurídicas de naturaleza penal (dir. Prof. Cerezo); en nov. de 2001 en la UNED tesis de Mariano Melendo Pardos "El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas" (dir. Prof. Cerezo Mir); en abril 2002en la tesis de Fernando-Guanarteme Sánchez Lázaro sobre Autoría y participación en los delitos imprudentes (dir. Prof. Romeo), Univ. La Laguna; en octubre de 2004, Univ. Zaragoza, de la de Érika Mendes de Carvalho "La categoría de la punibilidad en el Derecho penal" (dir. Prof. Gracia Martín); y en mayo 2017 en la Univ. de Málaga Presidente del Trib. Tesis doct. (con mención internacional) de Marta Fernández Cabrera "El delito de negociaciones prohibidas a funcionarios públicos" (dirs. Profs. J. L. Díez Ripollés y Oct. García Pérez).

Por otra parte, he participado como vocal en alguna de las comisiones juzgadoras de los concursos de discípulos suyos: en el concurso a la plaza de Catedrático de D.º Penal de la Univ. País Vasco, celebrado el 8-3-1996, Fac. Derecho de San Sebastián, que obtuvo el Prof. Dr. Carlos M.ª Romeo Casabona, trasladándose a la Facultad de Bilbao/Lejona desde su anterior cátedra en la Univ. de La Laguna; en la Univ. de Málaga en el concurso a una plaza de Prof. Titular celebrado el 25-1-1994, que obtuvo el Prof. Dr. Juan Muñoz Sánchez; o en el Concurso a plaza de Prof. Titular de la Univ. La Laguna, celebrado 30-3-1998; que ganó el Prof. Dr. Ulises Hernández Plasencia.

- Desde que con su llegada a la cátedra de la UNED en 1996 asumió en su 2ª época la dirección de la RDPCr, J. Cerezo me nombró miembro de un reducido Consejo de redacción junto los Profs. Muñoz Conde, S. Mir, Ag. Jorge Barreriro, García-Pablos,

sus tres discípulos catedráticos más antiguos, Díez Ripollés, Romeo y Gracia, el fundador de la revista A. Serrano Gómez y como secretario su también discípulo M. Melendo. Pero no era un nombramiento formal como en tantas revistas, sino que nos reuníamos efectivamente al menos dos veces al año para discutir intensamente la orientación y contenido de la revista, y gracias a ello y a ser de las primeras revistas penales de habla española, probablemente la primera, en implantar el sistema de previa doble evaluación de los artículos presentados de modo anónimo, consiguió en poco muy tiempo un enorme prestigio y un puesto puntero. Tras cada reunión de trabajo el Prof. Cerezo nos invitaba a todo el consejo de redacción a un almuerzo espléndido y a departir en el mejor de los ambientes, casi siempre en el restaurante arrocería La Albufera del Hotel Meliá Castilla en la calle Capitán Haya de Madrid.

- Recuerdo con especial agrado nuestro viaje juntos ambos con nuestras esposas en septiembre de 2001 a Argentina. Ciertamente comenzamos, nada más llegar en Buenos Aires del aeropuerto de Eceiza al hotel, con un gran impacto por los terroríficos atentados islamistas del 11 de septiembre a las torres gemelas de nueva York, etc., que presenciamos en directo por televisión, acontecimientos que al principio nos produjeron más inquietud aún por estar a diez mil kilómetros de distancia de nuestras casas y familias y no saber cómo podía acabar aquello. Pero una vez que, aunque consternados, se volvió a la normalidad, pasamos junto con ellos 10-12 días inolvidables de gira por la mitad sur del país y la capital, yendo invitados como ponentes a sendas jornadas internacionales, primero las de Bahía Blanca, en la Univ. Nac. del Sur, dirigidas por los Profs. Alejandro Cantaro y Guillermo López Camelo, a continuación las organizadas por el Prof. Dr. Ricardo Basilico en la Univ Nac. de la Patagonia, en Puerto Madryn con su bella bahía y espectacular en esa época que era visitada por las ballenas, y todos los parajes de los alrededores y hasta más al sur a Comodoro Ribadavia, y por último en Buenos Aires en varias conferencias y coloquios en maestrías dirigidas por el anfitrión nuestro buen amigo y colega el Prof. Dr. Edgardo Donna en la U.B.A. (Univ. de Buenos Aires) y en la Univ. de Belgrano, con participación de sus discípulos y colaboradores los Dres. Horacio Dias, Javier de la Fuente, Sandro Abraldes, Gustavo Aboso (estos tres doctorados en España con el Prof. Cerezo), Mirta López Gónzález o Roxana Piña; en todos estos días y lugares disfrutamos además de la extremadamente afectuosa y generosa hospitalidad de nuestros anfitriones y sus colaboradores; al final mi mujer y yo regresamos a Madrid, mientras que el matrimonio Cerezo aún prolongaron una semana

más su estancia argentina para visitar los glaciares de Ushuaia, Tierra de Fuego y el cabo de Hornos, literalmente el fin del mundo.

- Por lo demás, nuestra relación de gran amistad y afecto hacía que nos viéramos con mucha en frecuencia en Madrid, nosotros o con nuestras mujeres o muchas veces los cuatro con nuestro muy buen amigo común el Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro, o que fuéramos con frecuencia a su casa, a veces invitados con otros amigos suyos, y que ellos vinieran a la nuestra. Y nuestras esposas, Bella y Julita, que se habían hecho cada vez más amigas, quedaban por su cuenta con suma frecuencia, a veces a visitar establecimientos o restaurantes iraníes y armenios, que a Bella le traían tantos recuerdos de su patria natal. Al acabar el año los llamábamos siempre a felicitarles la Navidad y ellos nos felicitaban por el nuevo año. Y cuando falleció su esposa y él siguió viviendo en Madrid, A. Jorge Barreiro, mi mujer y yo quedábamos con José Cerezo, si cabe con mayor frecuencia para subirle el ánimo, e íbamos casi siempre a comer juntos a un local que a todos nos gustaba mucho, la Casa de Valencia, del madrileño Paseo de Rosales.

3. Pero hubo además apoyos mutuos mucho más profundos:

Por su parte, su apoyo fue decisivo para que obtuvieran su cátedra por primera vez y en condiciones bien difíciles dos de mis tres discípulos más antiguos: el primero, Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal, en la Univ. de Vigo, y años después el tercero, Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón en la Univ. del País Vasco. En el sistema vigente en España de 1983 a 2002 para los concursos para el acceso a la condición de catedrático obteniendo la plaza correspondiente –e igual ocurría para las plazas de titular–, la Universidad respectiva convocaba el concurso a la plaza o plazas a cubrir y a propuesta del Departamento nombraba a dos (presidente y secretario) de los cinco catedráticos miembros de la comisión juzgadora del concurso, de modo que, aunque los otros tres miembros resultaban elegidos por sorteo entre el resto de catedráticos de las Universidades públicas españolas, realmente era muy fácil que al menos un miembro de los sorteados tuviera buena relación con los dos ya nombrados por la Universidad, de modo que casi siempre ganaba el concurso el(los) candidato(s) apoyado(s) por el presidente y el secretario de la comisión, generalmente el candidato de (o apoyado por) la propia Universidad. Pues bien, en Derecho Penal ello no fue así en dos concursos a cátedras por intervención precisamente del Prof. Cerezo:

Por primera vez ocurrió en estos concursos que ganó la cátedra de la Universidad de Vigo (entonces con una sola Facultad de Derecho en Orense) un candidato, mi

primer discípulo el Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal, que no era el candidato local –el Prof. J. Peris– apoyado por el presidente y el secretario de la comisión, Profs. Dres. Vives y Lorenzo Salgado, sino que obtuvo el apoyo de los otros tres miembros que habían salido por sorteo, los Profs. Dres. J. L. de la Cuesta, Díez Ripollés y Gracia Martín, estos dos últimos discípulos de Cerezo como hemos visto; obviamente los tres consideraban que J. de Vicente Remesal era el mejor candidato–, pero debo destacar que también fue decisiva la intervención desde el principio del Prof. Cerezo ante sus discípulos insistiendo con vehemencia en que había que apoyar a J. de Vicente por ser el mejor; y porque además él estaba muy apenado de no haber podido darle su voto pese a considerarlo buenísimo por tener que apoyar a su discípulo J. F. Higuera en un concurso celebrado un año antes en Zaragoza para una cátedra en Logroño. Y la segunda vez fue cuando en julio de 2003 mi tercer discípulo el Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón ganó en el concurso una cátedra en la Fac. de Derecho de San Sebastián de la Univ. del País Vasco frente a candidatos de esa misma Universidad y a otros de fuera, nuevamente sin el apoyo de presidente y secretaria de la comisión, Profs. Dres. de la Cuesta y Asúa Batarrita, pero sí con el de los tres vocales sorteados, el propio Prof. Cerezo y los Profs. Queralt y Portilla, siendo el más decidido desde el principio el apoyo del Prof. Cerezo, más destacable aún cuando otro colega amigo suyo de antiguo intentó insistentemente todo el tiempo convencerle de que no votara a Paredes, sino a alguna otra concursante.

En cuanto a mi apoyo a él en momentos importantes mencionaré lo siguiente: El Prof. Cerezo desempeñó su primera cátedra en la Universidad Zaragoza durante 26 años, pero él siempre deseó volver a Madrid, porque era la capital de España y además su ciudad y provincia natal, de donde salió como profesor en 1969 y en donde tenía gran parte de su familia, pero no lo consiguió hasta 1996, seis años antes de su jubilación. Pues bien, que yo sepa, fui el único de los catedráticos españoles más modernos que él que en en esos veintiséis años, desde 1970 a octubre de 1996, durante los que él fue catedrático en Zaragoza, le reconocí su antigüedad y valía, ofreciéndole y dejándole venir a Madrid por delante de mí si lo deseaba, en vez de asegurarme de obtener yo una cátedra en Madrid pasándole por delante como hicieron los demás. En efecto, yo era catedrático desde la primavera de 1981 en la Univ. de León, a donde tras una estancia de un año como Agregado en la Univ. de Salamanca había marchado para obtener mi primera cátedra desde Madrid, mi ciudad de residencia, y cuando en la primavera de

1988 la Univ. de Alcalá convocó a concurso de méritos entre catedráticos mi actual cátedra y yo contaba ya con el apoyo incondicional de los dos miembros nombrados por la Univ. como presidente y secretario de una comisión de cinco miembros (cuyos otros tres miembros eran catedráticos nombrados por sorteo), llamé a mi admirado y querido José Cerezo y le dije que, aunque esa cátedra estaba pensada para mí, y mi esposa y yo queríamos regresar de León a Madrid, para volver a estar con todas nuestras familias, si él quería, yo me retiraba inmediatamente, o sea, no me presentaba al concurso y le dejaba la cátedra a él, a quien con su antigüedad y prestigio nadie se la iba a discutir, porque yo sabía que su anhelo era regresar a Madrid. El Prof. Cerezo se emocionó y me lo agradeció muchísimo, pero declinó diciéndome elegantemente que él prefería una cátedra en la propia ciudad de Madrid, aunque yo le respondí que esa no era razón, porque Alcalá está a un paso de Madrid y se puede perfectamente vivir en Madrid ciudad, como haría yo mismo si regresaba y como hacen cientos de profesores de la Univ. de Alcalá, y que esa es la Universidad histórica de Madrid como capital de España y la 2ª más antigua de España, a lo que él sonriendo me dijo que tenía razón, pero que de todas maneras no iba a presentarse y me deseaba éxito y felicidad en Madrid; por eso no sé si esa que me daba era la auténtica razón o más bien su cariño y generosidad siempre para conmigo.

Curiosamente el destino quiso que ocho años después, cuando él tuvo la oportunidad de concursar a la cátedra de Derecho penal de la Univ. Nacional de Educación a Distancia con sede en Madrid, yo resultara nombrado uno de los cinco miembros de la comisión evaluadora del concurso de méritos, que naturalmente ganó. Y así me cupo el auténtico honor (con sensación de pudor y hasta vergüenza) e inmensa alegría de formar parte de la comisión que le otorgó la última y deseada cátedra ya en la capital del país a quien casi treinta años antes había sido mi primer y admirado profesor universitario de Derecho penal en las aulas de la Facultad de Derecho de la entonces única Universidad madrileña.

4. Por todo lo hasta ahora expuesto sobre esta privilegiada relación que nos unía se explica muy bien que, cuando el Prof. Cerezo Mir cumplió 70 años, tras hacérsele en la Facultad de Derecho de la UNED un acto en su honor y de entrega del Libro-Homenaje antes indicado, al que acudimos quienes habíamos participado en dicho libro y muchas otras personas, y por la noche el matrimonio Cerezo en agradecimiento y celebración nos ofrecieron una cena muy especial a las personas más vinculadas a ellos

en un selecto restaurante junto al palacio de Liria (el de los duques de Alba), ambos, José y Bella, quisieron que mi mujer y yo nos sentáramos a la misma mesa que ellos acompañados únicamente de sus discípulos catedráticos más antiguos, mientras que el resto de compañeros y amigos, incluso muy antiguos y cercanos, y de discípulos estuvieron en otras mesas.

5. Llegando ya al último año de su vida, me siento feliz de haberlo podido ver personalmente en los últimos ocho meses dos veces en Zaragoza antes de ir a verlo ya de cuerpo presente el 20 de julio al tanatorio-cementerio en esa ciudad para darle el último adiós y mi condolencia profunda a sus hijas y familia y a sus discípulos y muy buenos amigos. A finales de noviembre, el lunes 28 nov., del pasado año mi muy querido amigo el Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro, catedrático de la Univ. Autónoma de Madrid y, como ya he dicho, también con muy estrecha amistad y afecto hacia J. Cerezo, y yo habíamos quedado con nuestra compañera María Ángeles Rueda y su maestro Luis Gracia en ir a Zaragoza a visitar a José; y efectivamente fuimos a su residencia, donde estuvimos un rato con él, que se alegró mucho de vernos, charlando y luego fuimos al centro a almorzar al restaurante Salvatore, que a él le gustaba y adonde se incorporó también nuestro compañero, buen amigo y discípulo de Cerezo el catedrático Miguel Ángel Boldova; la comida fue encantadora y José pese a su limitación neuronal seguía la conversación relativamente bien, especialmente cuando hablábamos de cosas más antiguas, que recordaba muy bien, hasta que a primera hora de la tarde se sintió fatigado y regresó a su residencia. Al día siguiente nos transmitió a través de su hija Eva y de Mª Ángeles Rueda que estaba contentísimo y encantado de que hubiéramos ido a visitarle. Y ya menos de dos meses antes de su muerte, el 22 de mayo de este año volví a estar con él varias horas, desde las 11 de la mañana hasta las seis de la tarde, encontrándolo por cierto más vivaz y animado que la vez anterior, con motivo del concurso-oposición a un tercera cátedra de Derecho Penal en la Univ. de Zaragoza de mi buena amiga la Prof. Dra. Mª Ángeles Rueda Martín, discípula de L. Gracia acreditada como catedrática hacía ya cinco años largos y a quien el Prof. Cerezo profesaba especial cariño. Estuvo presente en el acto académico, además de la comisión compuesta por los Profs. Dres. Gracia, Díez Ripollés, Romeo, Corcoy y Boldova, la mayor parte de la escuela del Prof. Cerezo y fuera de ella sólo asistimos por nuestra estrecha amistad con la Prof. Rueda los Profs. Dres. Víctor Gómez Martín y Sergi Cardenal, de la Univ. de Barcelona, y yo mismo; al concluir el concurso la nueva

catedrática nos invitó a todos con el cabeza de su escuela Don José a un gratísimo almuerzo en el excelente restaurante La Txalupa. Un amplio testimonio escrito y gráfico del concurso y del almuerzo queda en la página web de la FICP, sección Noticias y cursos/Noticias de los socios, en tres de cuyas fotos aparece el Prof Cerezo con su discípula-"nieta" la nueva catedrática y con varios de nosotros, y me cabe la inmensa satisfacción de estar sentado a su lado en una hermosa fotografía que junto con las otras dos probablemente sea el último testimonio gráfico que antes de su muerte queda de José Cerezo Mir para la posteridad, feliz en una celebración académica que era muy importante para él.

IV. *Reconocimiento final*

En conclusión, al Prof. Dr. *Dr. honoris causa multiplex* Don José Cerezo Mir lo he admirado y lo admiro en lo científico y universitario del modo más profundo. Su obra inmensa está ahí y su huella va a ser imperecedera en la ciencia del Derecho penal. Hace poco mi discípulo José Manuel Paredes Castañón, en un correo electrónico enviado a una gran cantidad de profesores penalistas españoles contestando a la comunicación del fallecimiento del Prof. Cerezo, expresaba al final: "Ha muerto, pues, un caballero (en el más noble sentido de la palabra) y un gran profesor, que deja tras de sí una estela de buenos recuerdos, una obra imponente y una escuela de primera: no se me ocurre nada mejor que se pueda decir de un universitario.". Obviamente suscribo estas palabras de la primera a la última. Y en lo personal quiero añadir:

A José Cerezo Mir, a José como lo llamaba su mujer y a él le gustaba llamarse y que lo llamáramos los amigos –y no Pepe, como otros lo hacían–, a la persona, al amigo, le he guardado y le guardo la mayor gratitud y le he tenido y le tengo el mayor cariño: lo he querido como a un padre. Más no se puede decir. Esto se lo dije con la mente, junto con una oración, al día siguiente de su muerte, cuando junto con mi mujer acudimos al tanatorio-cementerio de Torrero, en Zaragoza, a darle el último adiós en su misa funeral *corpore insepulto* en un templo abarrotado y en el entierro a continuación, al que ya nos quedamos de modo más restringido sus familiares, sus discípulos y los amigos más próximos. Que descanse en paz como tanto se merece, como la dulce y tranquila muerte que ha tenido. Y que a él, creyente convencido y hombre tan bueno y honrado toda su vida, el buen Dios lo acoja en su seno, como con seguridad así habrá sido.

* * * * * *

Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia.

~Nota sobre la partida del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Cobo del Rosal~

Uno de los tipos con más talento que en el cine han sido, B. Wilder, ante una secuencia problemática, se preguntaba "¿Cómo la habría resuelto Lubistch"? y al punto recibía alguna inspiración. Me gustaría disponer de un referente parecido, no tanto para salir airoso del amable encargo de Diego, cuanto para contar, sobre todo a quienes no le conocieron, cómo era don Manuel Cobo del Rosal (siempre le llamé don Manuel y nunca le apeé el *usted*), o mejor, cómo le veía yo.

Cuando le estreché la mano, la poderosa mano, por primera vez no me pasó por la cabeza, no me pudo pasar, que cuarenta y cinco años más tarde redactaría una especie de necrológica en memoria de un hombre que irradiaba vitalidad. Aunque sí me pasó si sería la persona más adecuada para dirigir mi tesis, porque acto seguido le dijo a mi muy buen amigo Joan Prats, que acababa de presentarnos: - "A ver si tiene usted… para llevarme el pulso". Y ambos se tumbaron en el suelo boca abajo, con el brazo izquierdo en la espalda y el derecho apoyado sólo en el codo, mano contra mano, y a la de tres comenzaron a aplicar toda la fuerza de que eran capaces, que era mucha, y a emitir resoplidos para darse ánimos, intentando que el dorso de la mano del rival quedara pegada a la alfombra sobre la que contendían. Finalmente, se impusieron la superior envergadura de Joan y sus menos años, pero le costó lo suyo.

Mi primer contacto con Cobo, por consejo y mediación de Alejandro Nieto, fue vía carta manuscrita. Desde entonces, como suele decirse, ha pasado mucha agua bajo el puente y muchos, demasiados, muy buenos amigos y excelentes profesores y juristas han partido: Ignacio de Otto, Javier Salas, Santiago Varela, Javier Matía, Joan Prats, José Antonio Lois, Ignacio Albiol y, ahora, Manuel Cobo.

De don Manuel se me agolpan tantos recuerdos y le relaciono con tantas cosas que no sé por dónde comenzar y aún menos cómo continuar y, sobre todo, terminar. Sólo sé que esta nota dista mucho de ser una biografía -como distaban las cuatro páginas que redacté con Juan Carlos Carbonell en 2005 para el libro homenaje que coordinamos con otros compañeros-, que no tiene otra pretensión que reflejar retazos de su vida y obra, que no es empresa fácil la de dar cuenta en pocas páginas de una personalidad tan rica y

exuberante y que corro el riesgo de hacer una caricatura y no un retrato. Una buena estrategia de empezar esta tarea es explicar lo que uno va a escribir, como hizo Lope de Vega al componer un soneto que, supuestamente, le habían pedido que improvisara, en el que definió qué es un soneto. No tengo ni de muy lejos la creatividad del "fénix de los ingenios", pero a modo de "abstracts", adelanto que de Cobo haré algunos apuntes muy compendiados sobre sus actividades relativas a la docencia, a los estudios de Derecho penal, a las tesis dirigidas, al servicio público, al ejercicio de la abogacía; a sus habilidades para el trato con los demás y para la resolución de conflictos de toda índole; y a rasgos de su carácter, como su gracejo, agudeza y rapidez en reaccionar ante cualquier estímulo. En cambio, me abstendré de narrar las muchas anécdotas que me vienen a la memoria, porque esta nota se alargaría de forma interminable y resultaría más graciosa que sentida, inadecuadamente jocosa por la tremenda "chispa" del personaje; personaje en el doble sentido de persona importante y singular, y de la imagen que había forjado de sí mismo de cara a los demás en cada ámbito en que se movía, siempre con un fondo de autenticidad; como me abstendré de hacer un panegírico desmesurado, en sintonía con la tradición muy hispana de santificar a los difuntos (cuando alguien fallece todo el mundo habla de lo bueno que era). Pero tampoco persigo una asepsia que pueda interpretarse como desdén o falta de aprecio, pues lo cierto es que siempre sentí por él un profundo afecto y gratitud, incluso en las horas más bajas de nuestra relación. Esta es la premisa de la que parto y sobre la que se asienta cuanto diré a continuación.

En su formación como penalista influyeron, es imposible señalar en qué medida, Delitala, Juan del Rosal (en la Academia y en la abogacía, siempre lo reconoció y añadía: "además me enseñó a bien cobrar"), Welzel, Mezger (quizás su Manual era el que más le gustaba), y seguramente, y de manera mutua, compañeros muy próximos como Gonzalo Rodríguez Mourullo y Ángel Torío (de quien también siempre se sintió agradecido).

Como profesor era particularmente brillante y de una claridad meridiana, siempre preocupado porque los alumnos comprendieran bien los conceptos que les exponía y su utilidad (para qué servían) y por ello traía constantemente a colación la última jurisprudencia. Y aquí sus estudios y su experiencia en el foro le permitían comunicar los conocimientos de manera muy comprensible y gráfica, y también irónica ("hoy voy

a darles la espumita de la asignatura"; "dice el profesor… que mi concepto de… es como un tubo vacío, como un tubo vacío es la cabeza de ese profesor…").

Su magisterio queda sobradamente acreditado por las numerosas tesis doctorales que dirigió en las Universidades de Valencia y Complutense de Madrid, cuyos autores han sido o son todos ellos catedráticos o profesores titulares en distintas Universidades (se recogen en el libro "Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal"), por la influencia de sus publicaciones (reiteradamente citadas en trabajos y en oposiciones por quienes concurrían a ellas; a veces una misma frase por todos al hablar de la peligrosidad y las medidas de seguridad, "la consabida técnica del avestruz…"), y por su enorme ascendiente, durante años y años, en los cuerpos de Catedráticos y Profesores Adjuntos de Derecho Penal (desde hace tiempo, Profesores Titulares), muchos de los cuales fueron apoyados en su acceso a los respectivos escalafones y a su promoción dentro de ellos.

En su obra editada, sumamente extensa (también puede consultarse en el curriculum incluido en los citados "Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal", al menos la anterior a 2005), se aprecia una honda preocupación por los principios y las garantías fundamentales del Derecho penal, desde sus primeros trabajos, y por temas de actualidad. Sólo mencionaré aquí el "Derecho Penal. Parte General", el Cobo-Vives como se lo conoce, y su "Tratado de Derecho Procesal Penal Español", libros de amplia repercusión e influencia, y la Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, en la que aparecieron libros dirigidos por él, cuyo interés continúa vivo: "Peligrosidad social y medidas de seguridad (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)", "Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención", "Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes", entre otros. Y hablando de publicaciones no pueden olvidarse la gran aportación que para el avance de los estudios en Derecho penal y Criminología supuso la creación de los "Cuadernos de Política Criminal", en los que han alumbrado sus trabajos tantos y tantos penalistas y criminólogos, noveles y veteranos, y no sólo penalistas y criminólogos; y la dirección de la editorial Edersa, en la que aparecieron no pocos libros de gran interés pero que difícilmente hubieran encontrado editor, y en la que se propuso y logró sacar adelante los trascendentales "Comentarios al Código Penal", en numerosos volúmenes. De entre las obras aquí destacadas, quiero dedicar unas breves consideraciones al Cobo-Vives,

por la importancia que tuvo en su momento y sigue teniendo en sus líneas maestras, al margen de los interminables y a menudo descabellados cambios legislativos. En mi opinión y en la de bastantes penalistas, ha sido el mejor manual de Parte General de los últimos años, es el que dedicó más espacio y antes que cualquier otro a los principios constitucionales del Derecho penal, cuestionó muy fundadamente concepciones doctrinales, categorías, nociones y teorías muy asentadas, con el mayor respeto, pero con argumentos sólidos, difíciles de rebatir, teniendo siempre en cuenta los puntos de vista distintos de los adoptados; y ofrece un tratamiento de la teoría del delito que no tiene porqué compartirse pero que resulta intachable, por su rica fundamentación y análisis bibliográfico y jurisprudencial, por su coherencia sistemática y por su engarce con los valores constitucionales y el acatamiento de los mismos.

En su actividad como abogado acreditó una enorme habilidad en la defensa de sus clientes, muy nombrados algunos. Y cuando alguien le decía: "Manolo (o don Manuel) es que defiendes a cada uno", él respondía: "¿Qué quieres? ¿Quién crees que necesita a un penalista, santa Teresita del Niño Jesús?". Más de un abogado ha quedado boquiabierto por su agilidad y desenvoltura al verle conseguir si no darle la vuelta, sí dejar algo desleída una declaración testifical poco favorable a los intereses de su patrocinado o sembrar dudas en el tribunal. Conocidos son los casos en que personas sobre las cuales recaían indicios racionales de haber delinquido obtenían la absolución merced a la sutil estrategia de Cobo y a su sólida formación como jurista. Hubo un tiempo en que su nombre aparecía con mucha frecuencia en los medios de comunicación a causa de sus actuaciones profesionales en procesos de gran resonancia.

En el marco de la Universidad ocupó todos los cargos relevantes posibles: fue Decano de las Facultades de Derecho de las Universidades de La Laguna y Valencia, director de los Institutos de Criminología de las Universidades de Valencia -en la que relanzó si no creó, la titulación de Criminólogía- y Complutense de Madrid y Rector de la Universidad de Valencia. De hecho, al poco de conocerle e incorporarme a esta última Universidad fue elegido Decano de su Facultad de Derecho, en un momento en el que el ambiente del centro se hallaba bastante "cargado", pues abundaban enfrentamientos, disputas, recelos, Juntas de Facultad algo broncas… Le llevó un tiempo, no mucho y no sé muy bien cómo, pero escuchando a todo el mundo, logró crear un clima si no idílico sí apto para favorecer una coexistencia educada, que no fue poco. Tampoco faltaban enfrentamientos propiciados por alumnos o pseudo-alumnos

radicalizados, en aquellos años finales de la dictadura, que igualmente Cobo logró aquietar con energía y mano izquierda. Una mañana entraron en la Facultad unos chicos y comenzaron a arrancar carteles puestos por alumnos de distinto signo político, pero de orientación democrática, y a lanzar gritos provocadores e insultos. Cobo salió del decanato, se dirigió hacia los intrusos con paso seguro y mientras se quitaba las gafas de moldura negra y las guardaba en el bolsillo de su chaqueta de pana, les espetó: -"Soy el decano de la Facultad, salgan de aquí inmediatamente". Y salieron. En otra ocasión, cuando varios policías quisieron entrar en la Facultad persiguiendo a unos alumnos que habían celebrado una concentración y se habían refugiado en ella, Manuel Cobo salió a la puerta y estuvo un buen rato parlamentando con los "grises", como se les conocía, y les convenció para que no entraran…

Por descontado, escuchaba a todos los estudiantes, en unos tiempos en que se vislumbraba el posible fin de la dictadura y se ansiaba por muchos la venida de la democracia. Cuando los que querían exponerle al Decano (más tarde al Rector) sus quejas o demandas eran de corte conservador o muy conservador, les recibía con una perorata, les desbordaba por la derecha y les dejaba atónitos; y si recibía a alumnos izquierdistas hacía lo propio hasta desbordarles por la izquierda, con similares resultados. Y lo cierto es que obtuvo un considerable éxito en bien de la convivencia pacífica. Como la obtuvo, ya en su etapa de Rector, limando las desavenencias existentes en otras Facultades o de dos Facultades entre sí, y aunque no logró que todos durmieran en la misma cama sí consiguió que reinaran las buenas formas y se pudieran compartir espacios sin especial incomodidad.

Poseía el don de la seducción, resultaba convincente en la Academia y en el Foro, con los colegas, con los alumnos, con los clientes, con cualquiera.

Como servidor público, además de los cargos académicos mencionados fue Director General de Universidades, Subsecretario de Universidades e Investigación y Secretario de Estado de Universidades e Investigación, entre 1977 y 1982. En esa época el movimiento de los PNNs, mostraba a diario sus legítimas exigencias y desde el Ministerio de Educación se acordó sacar a concurso-oposición numerosas plazas de profesor adjunto, que llevaron a todo el profesorado no numerario, que reunía los requisitos exigidos, a concentrarse en la preparación de los ejercicios públicos que habían de superar ante un tribunal compuesto, no lo recuerdo con certeza, por cinco o siete miembros catedráticos; y el movimiento PNN se fue desvaneciendo al disminuir el

número de sus integrantes. La salida a concurso de tantas plazas estuvo acompañada de la creación de nuevas Universidades, casi como si una cosa conllevara la otra, probablemente con la mirada puesta en que toda provincia tuviera su Universidad, y aquí las presiones políticas debieron ser muy fuertes, buscando que todos los jóvenes tuvieran acceso a ella, económico y cómodo, aunque, temo, con descuido y en perjuicio de la calidad por una cierta sospecha de que tras las demandas de ésta se escondían pretensiones elitistas.

Y en esa época también, un tenebroso 23 de febrero, hubo de formar parte del "gobierno" integrado por los Secretarios de Estado, cuando el Presidente del Gobierno y los Ministros estaban secuestrados en el palacio de las Cortes.

Por último, fue designado en 1982 presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, a cuyo frente estuvo hasta 1985, fecha en la que dimitió.

Con este sucinto repaso a los altos cargos que ocupó y a las relevantes tareas que llevó a cabo en ellos, queda de manifiesto el importante papel que desempeñó como servidor público.

Quienes le conocimos, le tratamos intensamente durante bastantes años, aunque con intervalos de distanciamiento, y trabajamos con él, podemos felicitarnos por haber gozado de ese privilegio y, naturalmente, no podemos sino sentir dolor por su partida. Y todos convendremos en que no era una persona vulgar, pero sí de aguda inteligencia, de astucia, energía y gracia notables, hasta el punto de que cuando intervenía, casi cualquiera a su alrededor quedaba empalidecido. Eso sí, el trato con él a largo plazo no era precisamente sencillo, no siempre encajaba de buen grado los desacuerdos o las decisiones que no le complacían, y tendía a convertir en enemigos a los más discrepantes, hasta extremos excesivos por el origen de la desavenencia y por sus respuestas a veces inmoderadas y causantes de daños colaterales. Era humano, tan humano como irrepetible. No me será fácil olvidarle, ni lo deseo.

* * * * * *

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

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada. Director de la Revista Cuadernos de Política Criminal. Socio FICP.

~*In memoriam*. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Manuel Cobo del Rosal~

El miércoles 25 de enero de 2017 falleció, en Madrid, D. Manuel Cobo del Rosal, insigne penalista, maestro de maestros, referencia destacada de la Ciencia del Derecho Penal de los siglos XX y XXI, abogado distinguido, Doctor *honoris causa* por las Universidades Politécnica de Madrid, Alcalá de Henares y Granada, primera Medalla de Oro de la Universidad de Alicante, Medalla de Oro de la Universidad de Alcalá de Henares, de la Politécnica de Madrid y de la Universidad Menéndez Pelayo, Medalla de Oro de Ciencias Penales de la Universidad Complutense de Madrid, Medalla de Honor y Profesor Honorario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Comendador de la Orden de Las Palmas Académica, por designación del Gobierno de la República de Francia, Rector Magnífico de la Universidad de Valencia, Rector Magnífico Honorario de la Universidad de Valencia, Profesor Extraordinario de la Universidad de Estrasburgo, Cruz de Honor de San Raymundo de Peñafort, entre otras muchas distinciones.

Autor de más de un centenar de relevantes obras entre libros, artículos científicos y comentarios. Destacar, exclusivamente a título de ejemplo: "Dos recientes aportaciones de la doctrina penal alemana acerca del problema de la naturaleza de las cosas" (RFDUM 1961), "El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española" (ADPCP 1963), El bien jurídico en el delito de adulterio" (ADPCP 1963), "Atenuante de minoría de edad y sustitutorio de pena por medida de seguridad en el artículo 65 del Código Penal Español" (Argentina 1970, Libro Homenaje a Jiménez de Asúa), "Significado jurídico-penal de las lesiones deportivas (CCD-C. Valencia 1975), "Consideraciones generales sobre el poder punitivo del Estado" (RDP 1977), Introducción histórica de la evolución de la Criminología en España (CPC 1981, nº. 13. Coautor Bacigalupo), "La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho Penal" (Universidad de Santiago de Compostela, 1982), Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales (RFDUG 1989. Homenaje al Profesor Sáinz Cantero), "Los llamados 'delitos monetarios' en la actualidad (CPC, 1992), "Problemas penales y

procesales de la denuncia (CPC 1995, nº. 57), "Sobre el delito continuado (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)" (CDJ 1995), "La individualización de la subvención, como absoluta exigencia típica del delito de fraude de subvenciones del artículo 308.1 del Código Penal. Antes 350.1" (CPC 1999, nº. 69), "Derecho Penal. Parte General". 5ª ed., corregida, aumentada y actualizada (Valencia, 1999. Coautor: Vives Antón). "Gestión de cobro de morosos y Derecho Penal (Valencia, 2002. Coautor Sánchez-Vera), "Quisicosas de los Delitos y de las Penas" (Madrid, 2005), "La recepción de las normas de la Comunidad Europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales" (CPC 2005, nº. 85), "Sobre el aborto: Hacia la aclaración de un enigma" (Madrid, 2005, Libro Homenaje a Mantovani) "Tratado de Derecho Procesal Penal Español" (Madrid, 2008), "*Societas delinquere non potest*, a pesar de los pesares" (CPC 2015, nº. 115). A ello hay que añadir los numerosos comentarios publicados en Comentarios al Código Penal, colección que el profesor Cobo de Rosal dirigía, con gran esmero, entrega y éxito. Director de una veintena de tesis doctorales.

D. Manuel fundó la reconocida y prestigiosa Revista Cuadernos de Política Criminal allá por el año 1977; en marzo salió el primer número, del que fue Director, con Casabó Ruíz, Gimbernat Ordeig y Oliva García de Subdirectores, Rodríguez Ramos de Secretario y un Consejo de Redacción compuesto por Bajo Fernández, Barbero Santos, Beristain Ipiña, Fernández Albor, Ferrer Sama, Landecho Velasco, Landrove Díaz, Muñoz Conde, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Sáinz Cantero, Suárez Montes y Torío López. La edición, redacción y distribución estuvo a cargo del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, del que asimismo era Director y que fue igualmente una constante referencia de la Criminología en España. Con posterioridad fue editada por EDERSA (Editoriales de Derecho Reunidas) y por CESEJ (Editorial del Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas). En la dirección permaneció hasta el número 81, año 2003. En el siguiente, el profesor Cobo del Rosal tuvo la generosidad y la deferencia con mi persona de proponerme como Director de la Revista, número 82, primero de 2004, y que da lugar a una segunda época de Cuadernos, totalmente de continuidad, en cuanto a sus fundamentos y estructura. Permaneció como Presidente, Editor y Fundador. En 2009, número 99, la Editorial Dykinson se hizo cargo de la Edición. A partir del número 100, el profesor Cobo del Rosal, continuó como Presidente de Honor de Cuadernos de Política Criminal.

En la presentación del número 1 marcaba una de las constantes más sobresalientes de su vida científica y académica: el compromiso con la ciencia, con la reflexión crítica, con el debate intelectual. Así se expresaba: "Cuadernos de Política Criminal pretende aumentar el muy escaso número de publicaciones periódicas destinadas a temas penales y criminológicos en general, y de ahí precisamente la amplitud de su denominación. En ningún momento se ha deseado que figurase una titulación, reveladora de una especialidad o sector estricto, que de antemano condicionase el contenido de las páginas de la Revista. Al mismo tiempo tiene desde su comienzo la pretensión, ampliamente compartida, de acoger a todos los interesados en las distintas cuestiones penales, pues únicamente quedan fuera los que, en el propio uso de su libertad, así lo deseen. Es por eso que, al presentar este primer número de Cuadernos de Política Criminal, cuyo periodicidad se desea fuese semestral –siempre que las menguadas posibilidades económicas con las que contamos lo permitan-, se ofrezcan sus páginas a todos cuantos practiquen o cultiven alguna rama científica de carácter penal o criminológico" –no solo se consiguió la semestralidad sino que la Revista paso a ser cuatrimestral, todo ello por el esfuerzo, el trabajo y la constancia del profesor Cobo del Rosal-. No está de más –continuaba- aludir, en este momento, a que con la denominación Política Criminal, se pretende promocionar toda suerte de soluciones relativas a la modificación de las leyes penales vigentes, así como sus criterios interpretativos, sin olvidar ni un instante la valoración crítica de las decisiones de nuestra jurisprudencia y, especialmente, la exposición de la realidad criminal de nuestra cambiante sociedad. Si siempre estos aspectos de las ciencias penales, por decir así, han debido ser importantes, en las actuales circunstancias histórico-políticas se ve incrementado, sin duda, su interés y significación. Así mismo cobrará sentido, fielmente, aquella concepción de la Política criminal entendida como 'la sabiduría legisladora del Estado' (Feuerbach) o, como dijera nuestro Emilio Langle, el 'plan de campaña' para el Derecho Penal, esto es, su estrategia, orientada a través de un proceso crítico tanto de los principios como de sus fórmulas legislativas, hacia un futuro, quizá no lejano, actuar normativo. Se trata, pues, sin más de recoger e incluso, de impulsar, un ambiente intelectual propicio a la revisión y, en su caso, sustitución de estructuras legislativas en materia penal, desde hace tiempo en España, y que no será más que una necesaria secuela de la modificación de las fórmulas socio-políticas de más amplia vigencia".

La obra que nos ha dejado el profesor Cobo del Rosal, y que he querido reconocer y honrar con las anteriores líneas salidas de su prolífera pluma, se mantiene pujante sobre parámetros de la mejor calidad científica. La personalidad de D. Manuel Cobo, sus ingentes conocimientos, su innata sabiduría, sus lecciones de buen hacer, no conoce fronteras ni temporales ni materiales.

Jamás hubiera querido pulsar las teclas de mi ordenador para escribir esta crónica, pero la vida y la muerte son así. Se nos ha ido un gran erudito, un excelente penalista, un relevante intelectual; pero conservamos vivo, muy vivo, su legado, su presencia, su magisterio, sus actitudes, sus compromisos, su sapiencia. Estamos de luto, profundamente, pero nos reconforta haberlo conocido, disfrutado de su amistad y magisterio y apreciado como persona; por ello no vestimos el negro de los tradicionales duelos sino el azul radiante que nos proyecta la luz de su memoria. Decía Rabindranath Tagore, en una certera alusión a la necesidad humana de reconocer los méritos de los que de una u otra manera nos han ayudado en algún momento de nuestras vidas que "agradece a la llama su luz, pero no olvides el pie del candil que, constante y paciente, la sostiene en la sombra". Viene esta cita, acaso excesivamente fatua por mi parte, pero profundamente sentida, a mi personal reconocimiento y cariño a la persona del profesor Cobo del Rosal, de inolvidable recuerdo y de presencia continuada e infinita entre los más sabios y brillantes maestros de la Ciencia del Derecho Penal.

* * * * * *

2. Estudios

Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro

Catedrático de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid. Patrono de la FICP.

~Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código Penal español*~

Sumario.- I. Introducción; II. El modelo de regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en la legislación penal española; III. Las sanciones aplicables a las personas jurídicas; IV. Consideraciones de política criminal y conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La polémica cuestión acerca de la responsabilidad criminal y de la punibilidad de las personas jurídicas ha estado condicionada históricamente, en el marco del sistema jurídico-penal continental europeo, por el reconocimiento y la vigencia del principio, derivado del Derecho romano, y reafirmado en el tránsito del siglo XVIII al XIX de *societas delinquere non potest*, llegándose a la conclusión que sólo los individuos (las personas físicas) estarán sometidas al Derecho penal[1].

   Nuestro modesto objetivo en este trabajo se limitará a formular una serie de reflexiones críticas sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y de sus consecuencias jurídicas en el vigente CP español a partir de su Reforma de 2010.

2. No se puede olvidar que en el Derecho comparado están previstas penas criminales para las personas jurídicas, por razones de puro pragmatismo para combatir la delincuencia especialmente económica generada en el marco empresarial, como en Estados Unidos e Inglaterra. Y tampoco podemos ignorar la creciente tendencia doctrinal contemporánea y de las legislaciones penales de nuestro entorno, incluyendo España[2], de reconocer la responsabilidad criminal y

---

* El presente texto se corresponde con mi contribución en EMBID IRUJO/MIQUEL GONZÁLEZ/MORALES MORENO (dirs.), Estudios Jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena, 2017, pp. 461-489.

[1] Vid. JESCHECK/WEIGEND, Tratado de Derecho penal, PG, trad. OLMEDO CARDENETE, 5ª ed., Comares, 2002, p. 243; y FIGUEIREDO DIAS, Direito penal, PG I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 295 y ss.

[2] En la doctrina penal de habla española, podemos citar, entre otros, los siguientes monografistas: BACIGALUPO SAGGESE, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bosch, 1998; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Aranzadi, 2000; GÓMEZ-JARA DÍEZ, La responsabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, 2005;

la punibilidad de las personas jurídicas en países pertenecientes al sistema jurídico continental europeo. En este sentido se pueden citar las legislaciones de Holanda (1976), Portugal (1984), Francia (1994), Dinamarca (1996); Bélgica (1999), Suiza (2003), y España (2010). A todo ello hay que añadir la tendencia internacional en los últimos años de postular la imposición de sanciones –penas o medidas de seguridad criminales, o sanciones administrativas- por la actuación de entes colectivos o personas jurídicas, a los efectos de luchar eficazmente contra los delitos económicos o contra el medio ambiente, o el blanqueo de capitales dentro de la criminalidad organizada. En esta dirección, las "Decisiones-marco" del Consejo de la UE y Convenciones del Consejo de Europa y de la ONU obligan a adoptar medidas necesarias para que los entes colectivos puedan ser consideradas responsables por infracciones en materia de terrorismo, medio ambiente, tráfico ilícito de drogas…[3] Se parte de la idea de que tales instrumentos internacionales serían insuficientemente cumplidos si se establecen en estos casos la responsabilidad meramente "contravencional" del ente colectivo. Cabe destacar que el poder económico-sancionador de la UE dirigido contra las empresas no tiene en cuenta cuál debe ser su forma jurídica, y que la UE carece de un poder sancionador propio, que sigue residiendo en la soberanía de los Estados miembros[4].

ZUGALDÍA ESPINAR, La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones, Tirant lo Blanch, 2008; CIGÜELA SOLA, La culpabilidad colectiva en el Derecho penal, Marcial Pons, 2015; GÓMEZ TOMILLO, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2015; BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2016; y SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., BdeF, 2016.

[3] Vid. entre otros instrumentos internacionales europeos, los siguientes: *II Protocolo al Convenio* para "la protección de los intereses financieros", 19 de junio de 1997, donde se reclamó la imposición de "sanciones eficaces, adecuadas y disuasorias" contra las personas jurídicas; Decisión Marco (a partir de ahora DM) de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de protección por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra "la falsificación de monedas" con miras a la introducción del euro; DM del Consejo de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra "el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo"; DM de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para "la represión de la ayuda a la entrada, circulación y a la estancia irregulares"; DM del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la "lucha contra el terrorismo"; DM del Consejo de 19 de julio de 2002, sobre "la lucha contra la trata de seres humanos"; DM de 22 de julio de 2003 relativa a la "lucha contra la corrupción del sector privado"; DM de 22 de diciembre de 2003 relativa a la "lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil"; DM del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la "protección penal del medio ambiente"; DM de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de "los elementos constitutivos de delitos y de las penas aplicables en el ámbito de tráfico ilícito de drogas"; DM de 24 de febrero de 2005 relativa a "los ataques contra sistemas de información"; DM de 12 de julio de 2005 destinada a reforzar el marco penal para "la represión de la contaminación procedente de buques".

[4] Vid. SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 328 y ss.

3. Los argumentos favorables a limitar la posible responsabilidad criminal y la punibilidad sólo a las personas físicas o individuales se encuentran, sobre todo, en la incapacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas[5]. No se trata de centrar el arduo problema en la discusión sobre la naturaleza de la persona jurídica –teorías de la "ficción" o de la "realidad"- sino en determinar si los entes públicos tienen capacidad de acción y de culpabilidad, de acuerdo con los parámetros dogmáticos de estas categorías fundamentales del concepto de delito[6]. La respuesta, ya lo anticipamos, es negativa.

   Por un lado, "el concepto penal de acción", que se refiere a un elemento previo e independiente de los otros elementos que integran el concepto de delito, nos remite, de acuerdo con la doctrina penal dominante[7], a una conducta humana, exteriorizada y dependiente de la voluntad (entendida ésta en sentido psicológico), es decir, el mencionado concepto penal de acción sólo puede aplicarse a las personas físicas, pues las características del mismo no concurren en las actuaciones de las personas jurídicas. Las actuaciones de los entes colectivos provienen de las personas físicas que representan a la persona jurídica, y la voluntad de ésta – en forma de acuerdos- no responde a un contexto psíquico-espiritual humano, propio del concepto penal de acción[8].

   Frente a esta tesis doctrinal dominante, no han faltado voces muy autorizadas discordantes, entre las que cabe destacar la del gran penalista LISZT, cuando, al defender la conveniencia y lo justo que sería reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, afirmó que "quien puede concluir contratos, como sucede con las personas jurídicas, podrá concluir también contratos leoninos o fraudulentos", y destacó que las condiciones de la capacidad de obrar, en materia

[5] Vid., entre otros, DANNECKER, RP, 7, 2001, pp. 44 y ss.

[6] Vid. JESCHECK/WEIGEND, Tratado, 5ª ed., 2002, p. 243.

[7] Vid., en este sentido, entre otros, LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal, PG, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2016, p. 145. De otra opinión, un sector doctrinal considera que cabe hablar de un comportamiento de una persona jurídica, relacionado con un "sistema" con propio sentido y que requiere una valoración penal –vid. DANNECKER, RP, 7, 2001, p. 47, y cfr. LAMPE, ZStW, 106, 1994, pp. 703 y ss., donde viene a destacar que el injusto no requiere necesariamente una actuación, sino que puede darse igualmente ocasionando a través de un deficiente sistema que promueve, posibilita o permite perjuicios a terceros-.

[8] Vid. PÉREZ MANZANO, AP, 2, 1995, p. 20; y MOLINA FERNÁNDEZ, Societas pecare non potest… nec delinquere, en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo, Editorial Universitaria Miguel Areces, 2016, p. 374.

penal, no son fundamentalmente distintas a las exigidas por el Derecho civil[9]. Aquí el ilustre penalista alemán se olvida que el concepto de acción tiene una naturaleza distinta en cada rama del Derecho, y además su alegación de que también las personas jurídicas pueden concluir contratos (fraudulentos) ha de matizarse en el sentido, apuntado por RODRÍGUEZ MOURULLO, de que la persona jurídica no concluye por sí mismo contratos sino que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas físicas que actúan como sus órganos o representantes[10]. Por último, cabe señalar que un importante argumento legal en nuestro CP para negar la "capacidad de acción" de la persona jurídica. Lo encontramos en el art. 31.1 CP, al establecer para todos los supuestos de actuación de administradores o representantes legales (personas físicas) de una persona jurídica en la comisión de delitos especiales, cuando las condiciones particulares requeridas por el tipo delictivo para ser sujeto activo del mismo se dan sólo en la persona jurídica, la solución de responder personalmente las personas físicas que actúan en nombre o representación de la persona jurídica, aunque no concurran en aquéllos las cualidades exigidas por el delito especial para ser sujeto activo (la conocida cláusula del "actuar en nombre de otro", prevista para evitar la impunidad en tales casos). Aquí, como destaca LUZÓN PEÑA[11], el punto de partida es el de que la persona jurídica, aunque sí tiene las cualidades típicas especiales, no realiza la acción y por ello no puede ser sujeto activo, y, por tanto, sus administradores o representantes tampoco podrían ser ni partícipes, al no haber una acción típica de un autor, y de ahí que se incorpore al CP la fórmula del "actuar en nombre de otro", a los efectos de evitar la impunidad de los administradores o representantes de la persona jurídica.

Por otra parte, se señala, con razón, que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es compatible con la exigencia de "la culpabilidad jurídico-penal", que requiere el previo sustrato de la imputabilidad de carácter personal e individualizado, y que implica una desaprobación ético-social, un reproche jurídico-penal, inherente a toda pena criminal, que solo podrá formularse frente a personas individuales responsables, es decir, una culpabilidad individual, con fundamento en la libertad humana, en su voluntad consciente y

[9] Vid. VON LISZT, Tratado de Derecho penal, II, 3ª ed., trad. JIMÉNEZ DE ASÚA, Reus, pp. 299-300, nota 4.
[10] Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal, PG, Civitas, 1977, p. 228.
[11] Vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3ª ed., 2016, p. 146.

libre[12]. En definitiva, el reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y de la posibilidad de imponer penas criminales, vendría a atentar contra los principios fundamentales, de rango constitucional, de "culpabilidad". ("No hay pena sin culpabilidad, y la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad del sujeto por el injusto típico cometido"), de "responsabilidad subjetiva" ("no hay pena sin dolo ni imprudencia") y de "responsabilidad personal" ("solo se puede responder penalmente por los hechos delictivos propios y no por los ajenos")[13]. Pues bien, las personas jurídicas no son susceptibles de culpabilidad jurídico-penal, que presupone cierta capacidad de decisión personal e individual libre y con posibilidad de accesibilidad y determinación de la norma; los entes colectivos carecen de una voluntad que permita afirmar que sus actuaciones se correspondan con las exigencias o filtros subjetivos del dolo o de la imprudencia; y, por último, las personas jurídicas no actúan por sí mismas, sino solo a través de sus administradores o representantes, que son realmente quienes realizan las conductas voluntarias típicamente antijurídicas y personalmente imputables[14].

[12] Vid., entre otros, MIR PUIG, Foro FICP, 2014, p. 27; PÉREZ MANZANO, AP, 1995, p. 26; SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 310 y ss.

[13] Vid., por todos, MIR PUIG, Derecho penal, PG, 10ª ed., Reppertor, 2016, pp. 207-208.

[14] Vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3ª ed., 2016, p. 144. En contra de esta tesis doctrinal dominante, que compartimos, existe un sector de la doctrina penal alemana contemporánea que es favorable al reconocimiento de la capacidad de culpabilidad de una empresa, asentada en su responsabilidad para sus prestaciones colectivas defectuosas, que son debidas a carencias en la estructura organizativa o en la ética empresarial, y al reproche mediante una pena reconfigurada exclusivamente desde el punto de vista ético-social, derivado de una estructura organizativa incorrecta. Vid. DANNECKER, RP, 7, 2001, pp. 47 y ss. En cambio, con razón recientemente en la doctrina penal alemana se reivindica que la utilización de la expresión "pena" para las personas jurídicas, que sería una pena sin culpabilidad en sentido estricto, vendría a ser incompatible con un sistema penal que consagra la ineludible relación entre "pena criminal" y "culpabilidad" (inherente al reproche ético-jurídico personal). Vid. en este sentido, entre otros, GRECO, GA, 9, 2015, pp. 503 y ss. Por último, no faltan en nuestra penal contemporánea voces favorables al reconocimiento de la culpabilidad de las personas jurídicas, desde una perspectiva sistémica y del funcionalismo normativista, como es la de GÓMEZ-JARA, al reformular el concepto de culpabilidad en Derecho penal y equiparar funcionalmente al ser humano y a la empresa, entendido como responsabilidad "constructivista", que en el caso de las personas jurídicas supondría la institucionalización de una cultura empresarial de incumplimiento con la legalidad, partiendo de la idea de que la culpabilidad refleja la falta de fidelidad al Derecho (GÓMEZ-JARA DÍEZ, La culpabilidad de la persona jurídica, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 164 y ss.; EL MISMO, La culpabilidad penal de la empresa, 2005, pp. 248 y ss.). Esta tesis peca de excesiva abstracción y adolece del uso de conceptos indeterminados –como los de "autorreferencialidad", "autopoiesis", …- y es incompatible con el concepto de culpabilidad jurídico-penal, pues la persona jurídica carece de autoconciencia y de posibilidades de determinación, además de no tener cobertura legal (vid. en este sentido crítico, entre otros, ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, p. 4; CIGÜELA SOLA, InDret 1/2016, p. 6 , nota 6; EL MISMO, La culpabilidad colectiva en el Derecho penal, 2015, pp. 96 y ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, LH-Bajo Fernández, 2016, pp. 395 y ss., donde destaca lo problemático y las dificultades que la organización "autorreferencial", característica de la persona jurídica, pueda equivaler funcionalmente el estado de

Que las personas jurídicas no tengan capacidad de acción, ni de culpabilidad, no implica que lleve consigo la indefensión de la sociedad frente a la delincuencia –sobre todo económica- generada en el seno de los entes colectivos. En efecto, fuera del Derecho penal en sentido propio (penas y medidas de seguridad criminales) existen sanciones eficaces para enfrentarse al problema, como son las de carácter administrativo –especialmente las multas- o la vía de la responsabilidad civil derivada del delito por causar daños a terceros y la obligación de repararlos, sin olvidar, en el marco del Derecho penal moderno, las consecuencias accesorias, que pueden llegar consigo, por ejemplo en el caso de la disolución, la pena capital o la muerte de la empresa, y que son compatibles con la responsabilidad y pena del ente criminal a imponer a los representantes colectivos, autores del delito[15].

4. Dentro de las alternativas que se ofrecen para reconocer la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y la posibilidad de imponer sanciones criminales a las mismas, podemos destacar[16], entre otras, las siguientes:

   1ª) El modelo analógico de imputación, de admitir la responsabilidad de los entes colectivos en el Derecho penal, al lado de la eventual responsabilidad de las personas físicas, como son sus órganos o representantes. Este modelo se corresponde en la práctica al contexto que impera en los derechos inglés y norteamericano[17].

"autoconsciencia", relacionado con el principio de culpabilidad. Por último, conviene tener presente el discutible posicionamiento que sobre esta materia, la del fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sostiene la jurisprudencia reciente de la Sala de lo penal de nuestro TS. La STS 29.2.2016, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, mantuvo la tesis favorable a la idea de la "autorresponsabilidad" de la persona jurídica, cuyo núcleo radica en "la ausencia de las medias de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos", y está relacionado con un "déficit de control" y con "la cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad y de respeto al Derecho". En todo caso, siete magistrados de esta Sala formularon un "voto particular" a la mencionada Sentencia del Pleno, y en aquél admiten que la persona jurídica sea penalmente responsable de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial (art. 31 bis.1 CP), "porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de ser una ficción)". En un sentido parecido la STS 16.3.2016 de la Sala de lo Penal del TS, en la que se reconoce el "defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión" como el fundamento del "delito corporativo".

[15] Vid., por todos, LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, p. 149.

[16] Vid. una síntesis de las diversas alternativas para reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, FIGUEIREDO DIAS, Direito penal, 2007, pp. 298-299.

[17] Vid. FIGUEIREDO DIAS, Para uma dogmática do direito penal secundário, en IDPEE, Direito Penal económico e europeu, *I*, 1998, p. 68.

2ª) El modelo de "prevención", que admite y postula la aplicación a los entes colectivos de sanciones criminales como las medidas de seguridad[18].

3ª) El modelo de analogía en la culpabilidad por "defecto de organización", impulsado y desarrollado por TIEDEMANN, sostiene que el ente colectivo tiene una culpabilidad "propia" por su "defecto de organización"[19]. Esta tesis tiene el inconveniente de olvidar que esa organización defectuosa, en la que se pretende fundamentar la culpabilidad "propia" de la persona jurídica, solo podrá ser llevada a cabo, al igual que sucede con la acción típica, por parte de los administradores o representantes del ente colectivo[20].

4ª) Por último, se apunta la necesidad de introducción de "reglas de imputación corporativas" propias de las personas jurídicas, a los efectos de la imputación penal de comportamientos corporativos[21], que han de afrontar el gran reto de reformular los contenidos de las categorías básicas que integran el concepto y sistema del delito ("acción", "injusto típico" y culpabilidad") con distinto contenido al existente para el modelo de conducta humana individual, sobre el que se asienta la teoría jurídica del delito, o el de formular nuevas categorías para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir, un modelo penal alternativo al que informa el sistema de delito de la mayor parte delas legislaciones penales del régimen jurídico continental europeo. No basta, ni es correcto, como ha procedido el legislador español de 2010, con proclamar en el CP la responsabilidad criminal de las personas jurídicas sin ofrecer con claridad y precisión los presupuestos y criterios sobre los que se ha de asentar la misma.

---

[18] Vid. SCHÜNEMANN, Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium fur Klaus Tiedemann, 1994, pp. 265 y ss. Ha sido pionero en la propuesta de aplicar medidas de seguridad a las personas jurídicas, SCHMITT, Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände, Kohlhammer Verlag, 1958, p. 202, quien se refiere al fundamento de la "peligrosidad objetiva".

[19] Vid. TIEDEMANN, NJW, 1988, pp. 1169 y ss.; EL MISMO, Strafrecht in der Marktwirtschaft, en KÜPER/WELP/DENCKER/MARXEN/SCHNEIDER/SCHUMANN/STRUENSEE/VORMBAUM (eds.), Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Müller CF, 1993, pp. 527 y ss.

[20] Vid. ROXIN, Derecho penal, PG, I, trad. LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, Civitas, 1997, p. 260.

[21] Vid. VOLK, JZ, 1993, p. 435; HIRSCH, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, 1993, pp. 23 y ss.; STRATENWERTH, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, en GEPPERT/BOHNERT/RENGIER (eds.), Festschrift für Rudolph Schmitt, JCB Mohr, 1992, pp. 297 y ss.; y OTTO, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, De Gruyter, 1993, p. 22.

Antes de abordar la problemática sobre la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el vigente CP español, merece ser destacado que esta polémica cuestión de primer orden de la política criminal contemporánea ha de enfocarse en atención, sobre todo, a dos "parámetros" que enmarquen en sus justos términos el fondo real del problema aquí suscitado. Por un lado, el relativo a "las necesidades político-criminales" de dar una respuesta penal a la criminalidad generada en el seno de una persona jurídica ("empresa") y de atribuir la responsabilidad por los delitos cometidos por las personas físicas (representantes y directivos del ente colectivo) a la propia persona jurídica, ante las "dificultades probatorias" y de "técnica jurídica" a la hora de identificar e individualizar los auténticos autores materiales (personas físicas) de tales conductas delictivas[22]. La posible compatibilidad entre la responsabilidad "corporativa" y la "individual", así como la previsión de la duplicidad de "sanciones penales" (para las personas físicas, por haber cometido delitos en el seno de la empresa o por no impedirlos, y para la persona jurídica por no prevenirlos), poniendo el acento, especialmente, en la "criminalidad corporativa", pueden conducir en la práctica a la preocupante situación -que se vislumbra ya actualmente en los EEUU[23], y es probable que en un futuro próximo en España- de que la mencionada delincuencia termine resolviéndose a través de una responsabilidad pecuniaria de las personas jurídicas, y en la exclusión de la responsabilidad penal ("impunidad") de las personas físicas que ocupen posiciones directivas relevantes en la estructura organizativa del ente colectivo y que fácticamente están abocadas a un significativo protagonismo en la posible comisión prevención de los delitos cometidos en el ámbito empresarial.

Por otra parte, en cuanto a las posibilidades y a la libertad del legislador respecto del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como ha sucedido en sentido afirmativo en la legislación penal española (Reformas del CP, de 2010 y 2015), será preciso tener en cuenta los límites que debería respetar el legislador español. Así, siguiendo en esta cuestión las sugerentes

[22] Vid. en la doctrina alemana, HEINE, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Nomos, 1995, pp. 32 y ss., y, entre nosotros, SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 285 y ss.

[23] Vid. SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 421 y ss.

reflexiones formuladas recientemente, entre nosotros, por Molina Fernández[24], podemos distinguir entre los límites "internos" o "intrasistemáticos", que obedecen a las leyes lógicas de solvencia sistemática (el reconocimiento expreso por el art. 31 bis.1 CO de que "las personas jurídicas serán penalmente responsables en los casos previstos en este código", no es compatible con el "sistema del delito", consagrado en el vigente CP español, que está pensado en el modelo de la conducta "individual", es decir, de las personas físicas, y que cuenta con las exigencias ineludibles de la acción voluntaria, dolo e imprudencia y culpabilidad, inaplicables a las personas jurídicas) y los límites "externos" o de "coherencia externa" entre lo "normativo" y la "realidad subyacente", que no habilitan la sustitución normativa de los elementos informadores del concepto legal del delito y de la pena en el vigente CP español por otros o de contenido diferente, que entren en contradicción con la realidad que se pretende regular, relacionada con la posible responsabilidad de los seres humanos, de los individuos, con todos los atributos –como son la dignidad humana, la autoconsciencia y la libertad- que les son inherentes y no concurren en las personas jurídicas.

II. EL RECONOCIMIENTO Y LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL VIGENTE CP ESPAÑOL

1. El legislador español introduce por primera vez, en nuestra histórica legislación, un régimen de responsabilidad penal (art. 31 bis CP) y sanciones criminales (arts. 33.7 y 129 CP) para las personas jurídicas, y lo hace a través de la Reforma del CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, en la que se formula una declaración expresa de la "responsabilidad penal de las personas jurídicas" (art. 31 bis CP), se establece un catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas (art. 33.7 CP) y criterios específicos de aplicación y determinación de las nuevas penas (art. 66 bis CP), así como una serie de "atenuantes" (art. 31 bis 4 CP: la confesión de la infracción a las autoridades; la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pueden cometerse con los medios o bajo la cobertura de las personas jurídicas).

[24] Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, LH-Bajo Fernández, 2016, pp. 366 y ss.

Cabe destacar y denunciar la pobre justificación de nuestro legislador respecto a la necesidad de realizar tan importante reforma en el CP español[25]. En efecto, en el Preámbulo de la LO 5/2010 se alude a "los numerosos instrumentos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transferencias comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos…)". Pues bien, como ha destacado cierto sector de nuestra doctrina penal[26], los mencionados instrumentos jurídicos internacionales se limitan en esta materia a requerir que a las personas jurídicas se les impongan sanciones "efectivas, proporcionadas y disuasorias", sin prejuzgar su naturaleza jurídica (penas y medidas de seguridad criminales, sanciones administrativas o de carácter civil, o consecuencias accesorias). Además, como ha destacado un importante sector de nuestra doctrina penal[27], la mencionada y polémica Reforma penal de 2010, que puede calificarse de precipitada e irreflexiva, no gozaba de un consenso doctrinal, ni ha sido precedida de un estudio empírico acerca de los inconvenientes que podrían derivarse de la implantación en nuestro CP de un "régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas", ni parece haberse planteado la posible eficacia o las razones, en su caso, del fracaso de las respuestas penales que ofrecía el CP ("actuar en nombre de otro", y "consecuencias accesorias"), dando a entender que el legislador español de 2010 ha sucumbido a la moderna tendencia de las legislaciones penales de la Europa continental, que se van inclinando a favor del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, bajo la influencia de un cuestionable pragmatismo –inherente a las respuestas penales que sobre esta materia ofrece el mundo anglo-norteamericano[28], que cuenta con una cultura y tradición en el ámbito jurídico penal tan diferentes a las de la Europa continental- con un elevado coste o sacrificio en aspectos esenciales del sistema del delito y de la pena criminal y de pilares básicos del Derecho penal democrático, de rango

[25] Vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 323 y ss.

[26] Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Estudios de Derecho penal económico, Civitas, 2009, p. 273.

[27] Vid. en este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 323 y ss. (especialmente p. 329).

[28] Vid. NIETO MARTÍN, RP, 2007, pp. 133-134.

constitucional, como son los principios de "culpabilidad", de "responsabilidad subjetiva" y de "personalidad de la pena".

Con anterioridad a la Reforma de 2010, cuando se cometía un delito en el seno de una persona jurídica (normalmente en una empresa) debían responder los individuos (las personas físicas) responsables de la decisión, que ocupaban un rango social en la misma y habían realizado la acción típica como representantes del ente colectivo. Además existían otros preceptos en el CP como eran los previstos en el art. 31 CP (cláusula del "actuar en nombre de otro") y 129 CP ("consecuencias accesorias", medidas aplicables a la persona jurídica y orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva, como –entre otras- la disolución o la clausura definitiva de la empresa).

Después de la Reforma de 2010, que reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la posibilidad de imponerles penas, se afirma por parte de cierto sector doctrinal[29] que queda derogado el principio *societas delinquere non potest* y es sustituido por *societas delinquere et puniri potest*. Tal afirmación, como veremos de inmediato, es discutible. Lo que parece cierto es que el legislador español reconoce una responsabilidad penal "por el hecho de otro", es decir, por un delito que, como reconoce expresa y reiteradamente el art. 31 bis CP, no comete la persona jurídica, sino las personas físicas que son representantes legales directivos o subordinados de estos en el marco de aquélla. Por tanto, las personas jurídicas carecen de capacidad de acción, de ser sujeto activo y de delinquir, como viene a ratificar el art. 31.1 CP que consagra la cláusula del "actuar en nombre de otro" para los casos en que actúan las personas físicas (administradores o representantes legales) –no cualificados- en la comisión de delitos especiales, teniendo como punto de partida el de que la persona jurídica no puede realizar la acción típica[30]. La misma regulación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el vigente CP español, como veremos más adelante, no resulta compatible en el sistema del delito y el concepto de pena que informan nuestro texto punitivo básico. La importante Reforma del 2010 no deroga el principio de que "la persona jurídica no puede delinquir",

[29] Vid., en este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos, Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal, Tirant lo Blanch, 2013, p. 15; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Memento Experto. Reforma penal 2010, Francis Lefebvre, 2010, p. 12.

[30] Vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, p. 146.

aunque sí abandona el de que "la persona jurídica no puede ser penada[31]. La polémica parece desplazarse al ámbito de las consecuencias jurídico-penales aplicables a las personas jurídicas.

2. Características fundamentales del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la Reforma de 2010. Dentro de las señas de identidad de este modelo, podemos citar las características siguientes:

   1ª) Se establecen dos vías de imputación de la responsabilidad penal a "la persona jurídica": A) La primera se deriva de la comisión del delito por parte del administrador, de hecho o de derecho, o del representante del ente colectivo, en su nombre o por su cuenta y en su provecho (art. 31 bis 1-1º-CP). En definitiva, se reconoce que la comisión del delito, realizada en el seno de la persona jurídica, se lleva a cabo por los administradores o representantes (personas físicas) de la misma y no por la propia persona jurídica; y B) La segunda vía proviene de la falta del debido control sobre la conducta del trabajador o empleado, que ha posibilitado la comisión del delito por parte de estos (trabajadores o empleados, sometidos a la autoridad del administrador o representante de la persona jurídica), en el ejercicio de actividades sociales, y por cuenta y en provecho del ente colectivo (art. 31 bis 1-2º-CP).

   2ª) Cuando se destaca por cierto sector doctrinal[32] que el verdadero criterio de imputación de responsabilidad penal en la persona jurídica es el del "incumplimiento" respecto del "control" sobre el trabajador, es decir, un "fallo organizativo" por parte del ente colectivo, que sí justificaría la imposición de una pena, conviene matizar que esa "organización defectuosa" no puede ser realizada ni imputada a la persona jurídica, sino sólo a las personas físicas (directivos) que la representan y bajo cuya autoridad se encuentran sometidos los trabajadores que cometen el delito debido a la falta de control sobre los mismos por parte de aquéllos (directivos).

[31] Vid. MIR PUIG, Derecho penal, 2016, p. 209.
[32] Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Mementos. Reforma 2010, 2010, pp. 20-21.

3ª) La responsabilidad penal de la persona jurídica sólo podrá ser declarada en los supuestos especialmente previstos en la PE del CP, es decir, se asume un catálogo cerrado (*numerus clausus*) de delitos en los que será posible declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como son los relativos a la corrupción del sector privado, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques informáticos, tráfico ilegal de órganos, delitos contra el medio ambiente, organización y grupos criminales, financiación alternativa[33].

4ª) En cuanto a las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas, el art. 33.7 CP contempla una serie de "penas", que van desde la multa por cuotas o proporcional, pasando por la disolución de la persona jurídica, hasta su intervención judicial.

La pena de "multa" es la pena común para todos los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que las penas "interdictivas" del art. 33.7 letras b) a g) del CP podrán ser aplicadas, conforme a las reglas fijadas en el art. 66 bis CP, para supuestos cualificados y en atención –entre otros criterios- a su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva –art. 66 bis 1ª. a) CP-, reservándose para los casos más graves la disolución de la persona jurídica –art. 33.7.a) CP-[34].

En el caso de la comisión de delitos en el seno de "entes colectivos" que carezcan de "personalidad jurídica" y no comprendidos en el art. 31 bis CP, se les podrá imponer, según establece el art. 129 CP, una o varias consecuencias accesorias a la pena y con el contenido previsto en las letras c) a g) del art. 33.7 CP.

3. La Reforma del CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo modificó, de forma relevante, el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas,

[33] Por un lado, se puede destacar que la desaparición de las faltas del CO (LO, 1/2015) llevará consigo un incremento de las posibilidades punitivas respecto de las personas jurídicas y, por otra parte, se echa en falta la incorporación al catálogo cerrado de delitos en los que cabe apreciar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como por ejemplo los relacionados con las figuras delictivas previstas en los arts. 282 bis, 290, 294 CP o los relativos al incendio. Vid., en este sentido, GÓMEZ TOMILLO, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2015, pp. 28-29.

[34] MOLINA FERNÁNDEZ, Memento Práctico Penal 2017, Francis Lefebvre, 2016, p. 586.

incorporado por la Reforma de 2010 a nuestro CP. El gran objetivo de la Reforma de 2015 es, según el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, "delimitar adecuadamente el contenido del debido control", cuyo quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Dentro de las modificaciones más significativas en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, después de la Reforma de 2015, CP por la LO 1/2015, podemos destacar, entre otras, las siguientes:

1ª) El criterio legal de "conexión" entre "el delito" cometido por la "persona física" y la "persona jurídica", destinataria de la responsabilidad penal, se modifica en el sentido de añadir que los delitos cometidos por la persona física han de ser ejecutados no sólo en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, sino también "en su beneficio directo o indirecto".

2ª) Se amplía considerablemente el círculo de posibles actores de los delitos cometidos, es decir, de los sujetos que pueden desencadenar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, por un lado, respecto de los autores relacionados con la vía de imputación prevista en el art. 31.bis.1.a) del CP, se incluyen no sólo a los "representantes legales" de la persona jurídica, contemplados en la Reforma de 2010, sino que se incluyen también a "quienes actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma". De esta manera, se extiende excesivamente el posible vínculo de autores y, en cambio, se viene a limitar el ámbito de responsabilidad de la persona jurídica por los delitos cometidos por los "subordinados"[35].

Por otra parte, en cuanto a los supuestos de la segunda vía de imputación – art. 31 bis 1.b) CP-, la Reforma de 2015 se refiere a los sujetos que, estando sometidos a la autoridad de los "representantes legales" o "directivos" mencionados en el art. 31 bis 1.a) del CP, han podido cometer el delito por el incumplimiento grave de los deberes de "supervisión, vigilancia y

[35] Vid. SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 369-670.

control" por parte de éstos respecto de sus subordinados (empleados y trabajadores) en el marco de la persona jurídica.

3ª) La gran novedad de la Reforma de 2015, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la de haber incorporado una "cláusula de exención" de responsabilidad penal de las mismas (art. 31 bis 2., 3., 4. y 5. del CP). Si la persona jurídica ha actuado diligentemente para prevenir la comisión de delitos en su seno, se le podrá eximir de responsabilidad penal tanto cuando el delito se cometa por los representantes legales o directivos (art. 31 bis 2 CP), como cuando el delito es cometido por una persona sometida a la autoridad de aquéllos (art. 31 bis 4 CP).

Las condiciones necesarias para la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son las siguientes: a) que el órgano de la administración de las personas jurídicas, dedicado a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención de delitos, haya adoptado y ejecutado con eficacia, "antes" de la comisión del delito "modelos de gestión y organización" –denominados "programas de cumplimiento o *compliance*" (vid. art. 31 bis 5 CP)- que incluyen medidas de "vigilancia y control" idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión" (art. 31 bis 2.1ª CP), es decir, se requiere la obligación de crear un órgano de vigilancia "*ad hoc*", dentro de la persona jurídica, que permita controlar a sus "máximos representantes". En el caso de personas jurídicas de "pequeñas dimensiones" las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración de la persona jurídica (art. 31 bis 3 CP); b) La supervisión diligente del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de prevención implantados ha de ser encargada a un órgano de las personas jurídicas con poderes autónomos de "iniciativa y control" (art. 31 bis 2.2ª CP); c) Los modelos de "organización" y "gestión" vienen a ser la pieza "clave" para llegar a la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Queda indeterminado el alcance del criterio de "idoneidad" que ha de inspirar la adopción de las medidas de "vigilancia" y "control", por parte del órgano de vigilancia, para prevenir la comisión de delitos o para reducir el riesgo de su realización en el seno de la persona

jurídica. De esta forma, se crea un terreno abonado para la inseguridad jurídica[36]; y d) Que los "autores individuales" han cometido el delito eludiendo "fraudulentamente" los modelos de organización y prevención establecidos para evitar la realización de la conducta delictiva en el seno de la persona jurídica (art. 31 bis 2.3ª CP).

Por último, los "modelos de organización y gestión", que informan el programa de prevención delictiva en el marco de las personas jurídicas, han de cumplir –según el art. 31 bis 5 CP)- con una serie de obligaciones que se concretan en los siguientes requisitos: 1º Identificar las "actividades" en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; 2º Establecer los "protocolos" que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mimas; 3º Disponer de modelos de gestión de los "recursos financieros" adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; 4º Imponer la "obligación de informar" de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; 5º Establecer un "sistema disciplinario" que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y 6º Realizar una verificación "periódica" del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones "relevantes" de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en "la organización", en "la estructura de control" o en "la actividad" desarrollada que los hagan necesarios.

A título de síntesis, sobre la regulación del CP español vigente sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la importante Reforma de 2015, puede afirmarse que siguen en pie los argumentos de quienes critican, con razón, la opción legislativa española de 2010, y reforzada en la Reforma de 2015, sobre esta polémica cuestión: 1.- La ausencia de la capacidad de acción penalmente relevante en las personas jurídicas, al carecer las mismas de la dimensión psicológica de la voluntad, que es inherente al concepto penal de la acción y se requiere en el concepto legal de delito (art. 10 CP: "Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley". Cfr. art. 31

[36] Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Mementos. Reforma 2010, 2010, p. 369.

CP, que contempla la cláusula del "actuar en nombre de otro", cuyo punto de partida es el de la incapacidad de acción de las personas jurídicas); 2.- Se sigue manteniendo el modelo de atribución o "vicarial"[37], al condicionar la responsabilidad "penal" de la persona jurídica a la comisión de un delito por una persona física (representantes legales o directivos con poder de mando, y el empleado de la persona jurídica y sometido a la autoridad de aquéllos), que infringe el principio de culpabilidad, aunque –tras la Reforma de 2015- se aprecian ciertas concesiones al modelo de "responsabilidad propia"[38]. La culpabilidad jurídico-penal, como presupuesto de la pena criminal, está relacionada con un juicio de reproche jurídico, ético y social de carácter exclusivamente personal, aplicable sólo a las personas físicas; las exigencias de dolo e imprudencia (art. 5 CP) y su dimensión negativa (el error: art. 14 CP) y las causas de inimputabilidad (arts. 19 y 20. 1º, 2º y 3º CP) se relacionan con elementos del delito de marcado contenido "subjetivo", que sólo se pueden aplicar a las personas físicas. El principio de personalidad de las penas criminales, al requerir que su imposición sólo podrá darse por la comisión del hecho delictivo propio y no ajeno, no se respeta en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en cuanto éste es "vicarial", y el citado principio se reafirma con la exigencia legal de que el penado conozca el sentido de la pena en la fase de ejecución de la misma (art. 60 CP[39]). En realidad, esta regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es "incompatible" con el sistema de delito y de la pena consagrado en el vigente CP español, que está pensado en el modelo de conducta de la persona física o individual y viene a ser un "cuerpo extraño" en el seno del mismo[40].

[37] Vid., en este sentido, la Circular de la FGE 1/2016, que confirma la anterior circular 1/2011; SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, p. 331.

[38] A este respecto, cabe destacar lo establecido por el art. 31ter CP, al declarar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas podrá ser exigida siempre que se constate la comisión de un delito por quienes (personas físicas) ostenten "rangos" o "funciones" aludidas en el art. 31 bis.1 CP, aunque la persona física "responsable" "no haya sido individualizada" o "no haya sido posible dirigir el procedimiento contra la misma" (art. 31ter.1 CP), o aquéllos "hubieran fallecido" o "se hubieran sustraído a la acción de la justicia" y la concurrencia de "agravantes" y "atenuantes" que afecten a las personas físicas no modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31ter.2 CP).

[39] Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, LH-Bajo Fernández, 2016, pp. 389-390.

[40] Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Estudios de Derecho penal económico, 2009, p. 282.

Frente a esa posición crítica de un importante sector de nuestra doctrina penal, que comparto, existe otra relevante corriente doctrinal[41] que valora positivamente la solución adoptada por nuestro legislador (2010 y 2015), de reconocer expresamente en el CP la responsabilidad penal de las personas jurídicas, abogando por el modelo de autorresponsabilidad, es decir, que ha de entenderse que la persona jurídica responde por el hecho y culpabilidad propios. Esta posición favorable a la vigente regulación en el CP de esta problemática tiende a propiciar más bien una polémica "nominalista", en la que parece olvidarse del concepto legal de delito y de la pena y especialmente de la dimensión subjetiva que debe existir para la declaración de la responsabilidad penal, que no concurre en la persona jurídica.

III. LAS SANCIONES PENALES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Ante las dificultades que suscita el reconocimiento expreso de la responsabilidad penal y de las personas jurídicas y su compatibilidad con el sistema del delito consagrado en el vigente CP español, a partir de 2010 y con el respaldo otorgado por la LO 1/2015, a los efectos de evitar que la nueva regulación de esta materia en nuestro CP choque frontalmente con los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena, MIR PUIG[42] no ve otro camino que el de "negar a las nuevas penas previstas para las personas jurídicas el mismo significado de reproche personal inherente a las penas clásicas". Con otras palabras, parece que la viabilidad y coherencia del nuevo sistema de responsabilidad penal podrían encontrarse en la determinación del alcance material de las nuevas penas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 CP. En este precepto se recogen una serie de sanciones que son aplicables a los entes colectivos, que se encuentran comprendidos en el art. 31 bis CP y tienen la consideración de penas "graves": a) multa por cuotas o proporcional; b) la disolución de la persona jurídica; c) la suspensión de sus actividades hasta cinco años; d) la clausura de sus locales y establecimientos, que no podrá exceder de cinco años; e) la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o

[41] Vid., entre otros, la obra colectiva, representativa de esa tendencia doctrinal, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2016.

[42] Vid. MIR PUIG, Derecho Penal, 2016, p. 209.

encubierto el delito, que podrá ser temporal (hasta 15 años) o definitiva; f) la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales e incentivos o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; y g) la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, sin que pueda exceder de cinco años. Por otra parte, el art. 129 CP prevé, dentro de las consecuencias accesorias aplicables a las "personas jurídicas" sin personalidad jurídica, cuando en su seno se hayan cometido delitos, la posibilidad de imponer a esos entes colectivos una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido de las "nuevas" penas contempladas en las letras c) a g) del art. 33.7 CP, es decir, dejando fuera sólo la "multa" y la "disolución" de la persona jurídica.

La doctrina penal española sigue dividida acerca de la naturaleza jurídica que debe tener la respuesta penal frente a la delincuencia económica generada en el marco de las personas jurídicas (empresas): si ha de ser a través de las "penas", como nominal y formalmente sostiene -tras la Reforma de 2010- el legislador español (art. 33.7 CP), o mediante las "medidas de seguridad" o acudiendo a las "consecuencias accesorias"[43].

Cuando se trata de justificar la necesidad político-criminal de imponer consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas, se alega que no siempre se puede sancionar personalmente a las personas físicas por los delitos cometidos en el seno de la empresa y aunque ello fuera posible, tras superar las importantes dificultades "probatorias" o "técnico-jurídicas", sería una respuesta "insuficiente" para enfrentarse a la criminalidad económica y especialmente la "organizada"[44]. Tampoco sería una respuesta adecuada la posible alternativa de hacer uso de medidas o sanciones extrapenales, como las sanciones administrativas[45].

[43] Para una panorámica completa de nuestra doctrina penal sobre esta polémica cuestión, vid. GRACIA MARTÍN, RP, 38, 2016, pp. 152 y ss.

[44] Vid. SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 286 y 287.

[45] Vid. SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 293 y ss., quien destaca los "argumentos" esgrimidos en contra de la suficiencia de las "sanciones administrativas" para hacer frente a la delincuencia generada en el seno de las personas jurídicas, pues aquéllas carecen del significado "simbólico" de la intervención del Derecho penal, la imposibilidad de articular satisfactoriamente la acumulación de los procedimientos penal y administrativo, y la falta de idoneidad del procedimiento administrativo sancionador para abordar el complejo problema de los asuntos relativos a la "criminalidad organizada".

2. Un importante sector de nuestra doctrina penal señala, con razón, que las "nuevas" penas previstas en el art. 33.7 CP, cuyo contenido es idéntico al de la mayoría de las consecuencias accesorias del art. 129 -letras c) a g) del art. 33.7 CP-, no son auténticas penas "criminales", pues las personas jurídicas no pueden realizar por sí mismas acciones penalmente relevantes (conductas humanas voluntarias), ni actuar con dolo o imprudencia que en el concepto moderno de delito se integran en la parte subjetiva de los tipos de injusto dolosos o imprudentes, ni pueden presuponer el reproche personal ético-jurídico -culpabilidad por el hecho delictivo cometido por parte de un sujeto imputable-[46]. Si las "nuevas" penas previstas en el art. 33.7 CP, aplicables a las personas jurídicas, fueran auténticas penas criminales o se les consideraran como tales, estaríamos postulando una tesis contraria a principios básicos del Derecho penal, de rango constitucional, como son los de la culpabilidad, de responsabilidad subjetiva y de personalidad de las penas, es decir, que serían penas "inconstitucionales"[47]. Además, cabe realizar dos puntualizaciones a la mencionada tesis defensora de la respuesta nominal de nuestro legislador de 2010. Por un lado, es preciso tener presente que el *nomen iuris legislatoris* no puede ser un criterio determinante acerca de la naturaleza de estas nuevas penas aplicables a las personas jurídicas, aunque lo deseable hubiera sido que el legislador no hiciera uso de ese término (penas), sino de otros –como el de "medidas" o el de "consecuencias accesorias" –que pudieran captar el contenido material de estas nuevas sanciones e hicieran posible mantener una coherencia sistemática con nuestro sistema legal del delito y el concepto de pena del vigente *Código penal español*[48]. Por otra parte, debemos tener muy presente el concepto de pena imperante en nuestro Código penal vigente. Un presupuesto "esencial" para la aplicación de la pena es el de la imputación subjetiva al sujeto culpable del hecho típico y antijurídico. Tal exigencia se deriva del reconocimiento expreso del principio de "responsabilidad subjetiva" (art. 5 CP: "*No hay pena sin dolo o imprudencia*"), del concepto legal de delito (art. 10 CP: "*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*"), de la regulación de las eximentes previstas en el art. 20 CP (especialmente, la 1ª, 2ª y 3ª Cfr. Art. 19 CP)

[46] Vid., entre otros, ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, 2011, p. 5; MIR PUIG, Bases constitucionales del Derecho penal, Iustel, 2011, pp. 127- 128.
[47] LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, p. 149.
[48] Vid. MIR PUIG, Foro FICP, 2014, p. 28

y del error (art. 14 CP). En cuanto a la ejecución de la pena, ésta sólo podrá dirigirse a quien puede sufrir ese mal y comprender personalmente su significado, lo cual –como apunta MOLINA FERNÁNDEZ- se viene a reconocer en el art. 60.1 CP, que permite la suspensión de la pena cuando el condenado no puede comprender el "sentido de la pena" al encontrarse el condenado en una situación de trastorno mental transitorio grave[49]. En conclusión, las categorías integrantes tanto del concepto de delito como de la pena, previstas en el vigente CP español, están vinculadas a elementos o criterios subjetivos, que no concurren en las personas que puedan ser destinatarias de las penas criminales.

No podemos compartir la tesis favorable al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando se señala que en nuestro Derecho positivo existen, desde hace tiempo, las penas administrativas (medidas retributivas-preventivas), cuya imposición a entes colectivos se encuentra informada por los mismos principios y garantías del Derecho penal, lo cual debería conducir a no tener inconveniente en reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas[50]. Frente a este planteamiento, se puede afirmar que las penas criminales tienen un contenido y presupuestos distintos, de acuerdo con la diferente naturaleza del Derecho penal, que los del Derecho "administrativo" sancionador, ya que el presupuesto de la pena está relacionado con la culpabilidad y un juicio de reproche personal ético-jurídico, que no se da en la misma intensidad en las penas administrativas, así como los requisitos de imputación son más flexibles en la pena administrativa que en la pena criminal[51], sin olvidar las relevantes diferencias entre el proceso penal y el procedimiento administrativo.

3. Un sector de la doctrina penal, que rechaza el carácter de penas criminales de las nuevas penas del art. 33.7 CP, considera que en realidad se trata de "medidas de seguridad penales", caracterizadas por una orientación preventivo-especial con la excepción de la "multa", que es un medio coercitivo[52]. Pues bien, si las nuevas penas del art. 33.7 CP no puede ser consideradas, por lo dicho anteriormente,

[49] Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, LH-Bajo Fernández, 2016, p. 389.

[50] BAJO FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 25 y ss. (especialmente, pp. 30 y ss.).

[51] Vid. ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7705, 2011, p.5; MOLINA FERNÁNDEZ, LH-Bajo Fernández, 2016, p. 389.

[52] Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Estudios de Derecho penal económico, 2009, p. 262; SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, p. 354.

como "penas criminales", tampoco será posible calificarlas como auténticas medidas de seguridad criminales, pues, entre otras razones, los presupuestos y el fundamento de estas medidas no se pueden dar en las personas jurídicas. El fundamento de la medida de seguridad criminal es "la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito" (art. 6.1 CP). Por lo tanto, la aplicación de las medidas de seguridad criminales requiere que el sujeto (persona física) se encuentre en los presupuestos previstos en los arts. 101 a 104 CP –de inimputabilidad y de semiimputabilidad- y, añade el art. 95.1 CP: que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (circunstancia 1ª, que no se puede dar en las personas jurídicas, al no tener éstas capacidad para delinquir) y que "del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos" (circunstancia 2ª, que tampoco puede concurrir en la persona jurídica, al referirse a una situación personal –persona individual- que permita pronosticar la probable comisión de delitos, circunscrita sólo a las personas físicas). Por lo tanto, las nuevas penas del art. 33.7 CP, por las razones apuntadas, tampoco podrán ser consideradas como medidas de seguridad[53].

4. Un importante sector doctrinal estima, con razón, que las nuevas penas previstas en el art. 33.7 CP vienen a ser materialmente "consecuencias accesorias"[54]. El propio legislador, cuando aborda, en el art. 129 del vigente CP, las medidas aplicables a los entes colectivos sin personalidad jurídica, se remite a las consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el "contenido" previsto en las letras c) a g) del art. 33.7 CP, es decir, de las nuevas penas aplicables a las personas jurídicas salvo las de "multa" –letra a)- y "disolución" de la persona jurídica –letra b)-

   Las consecuencias accesorias del delito, aplicables a las personas jurídicas, tienen antecedentes en nuestra legislación penal –CP de 1944, art. 265, donde se recogía

[53] LUZÓN PEÑA, Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales, en CORTÉS BECHIARELLI/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA (eds.), Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, 2004, p. 546.

[54] Vid. entre otros, GRACIA MARTÍN, en GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 5ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, pp. 246 y ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 2016, p. 7; GRACIA MARTÍN sostiene, recientemente, que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas son medidas preventivas, sin carácter penal ni sancionador, sino de naturaleza administrativa policial o, en su caso, civil (RP 38, 2016, p. 195).

la disolución de las asociaciones en cuyo domicilio se encontrase un depósito de armas, explosivos…-, aunque la novedad del CP de 1995 ha sido el haber incorporado una regulación conjunta de tales medidas o sanciones en el art. 129 CP[55].

Sobre la naturaleza jurídica de tales medidas, resulta muy significativo el tener en cuenta su recorrido prelegislativo hasta incorporarse al nuevo CP español de 1995. Por un lado, el Proyecto de CP de 1980, una vez establecido que "las medidas de seguridad no se podrán imponer sino a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revele la peligrosidad criminal del autor" (art. 131), declaraba que "*no obstante podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para las asociaciones, empresas o sociedades" – cfr. art. 153 del Proyecto- "a causa de los delitos cometidos que sus directivos, mandatarios o miembros cometiesen en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes*" (art. 132 del Proyecto de CP de 1980). De esta manera, al utilizarse la fórmula de "*no obstante*" se viene a reconocer que tales medidas –de "clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; disolución de la sociedad; suspensión de las actividades de la sociedad o empresa; y prohibición a la sociedad o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido o favorecido o encubierto el delito", art. 153 del Proyecto CP de 1980 – no son auténticas medidas de seguridad criminales, al no poder ser las personas jurídicas destinatarias de las mismas por no cumplir con sus presupuestos previstos en el citado art. 131 del mencionado Proyecto de 1980. Será en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983 cuando aparezca, por primera vez, la categoría de las "consecuencias accesorias", que comprende –en sus arts. 136 a 138- el comiso, la privación de beneficios o ganancias procedentes del delito, y las medidas de clausura, disolución, suspensión o prohibición de actividades e intervención de las personas jurídicas. Esta nueva categoría está pensada, sobre todo, para las personas jurídicas, tomando su "denominación" del Código penal alemán, y fue propuesta por

[55] Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Estudios de Derecho penal económico, 2009, p. 257.

MUÑOZ CONDE y LUZÓN PEÑA en la Comisión redactora de la PANCP de 1983, y terminó integrándose –como rúbrica- en el Título VI del Lib. I del CP de 1995[56].

Por último, de acuerdo con un sector de nuestra doctrina penal contemporánea, se puede afirmar que la respuesta más adecuada, frente al fenómeno de la delincuencia generada en el seno de las personas jurídicas, debería articularse a través de consecuencias jurídicas más bien administrativas, al estilo del modelo alemán en esta materia (Ley de "contravenciones"), y, en todo caso, fuera del sistema del Derecho penal[57].

IV. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

El legislador español incorpora por primera vez en nuestra codificación penal y con carácter general, un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis y ss CP), a las que son aplicables "nuevas" penas (art. 33.7 CP).

Esta "novedosa" regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se ha llevado a cabo mediante las Leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, que entró en rigor el 23 de diciembre de 2010, y 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015. De esta manera, nuestro CP vigente se viene a adscribir a una serie de legislaciones penales de la Europa continental (Países Bajos, 1971; Portugal, 1984; Suecia, 1986; Noruega, 1991; Francia, 1994; Dinamarca, 1996; Bélgica, 1999; Suiza, 2003; y Austria, 2006), que han incorporado modelos de responsabilidad penal de las "personas jurídicas" frente a los modelos de responsabilidad administrativa de Alemania e Italia, aplicables a las personas jurídicas.

En cuanto a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el vigente CP español, debemos tener presente cuestiones tan relevantes como son las relativas a: la forma de cómo se ha procedido a tan importante reforma de nuestro CP; la compatibilidad o no del modelo español con el sistema del delito y el concepto de pena consagrados en nuestro CP; la naturaleza jurídica de las sanciones aplicables a las personas jurídicas; y, por último cuál sería la respuesta más adecuada para abordar el problema de la delincuencia generada en el seno de "las personas jurídicas".

[56] Vid. LUZÓN PEÑA, LH-Ruiz Antón, 2004, p. 546.

[57] Vid. en esta dirección, en la doctrina penal española contemporánea, entre otros, CIGÜELA SOLA, InDret 1/2016, pp. 19-20; SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 364 y 365.

1. En primer lugar, cabe denunciar la falta de reflexión y, por lo tanto, la precipitación en la que ha incurrido el legislador español de 2010, al incorporar esta importante reforma del CP sin ir precedida de un imprescindible estudio empírico acerca de la necesidad y oportunidad, desde una perspectiva político-criminal, ponderando debidamente posibles inconvenientes o fracasos de los instrumentos penales ya existentes (cláusula "del actuar en nombre de otro", art. 31 CP, o la imposición de las consecuencias accesorias, art. 129 CP, que incluía la pena capital –la "disolución" de la persona jurídica– cuando no había un consenso doctrinal sobre tan polémica cuestión, y se ha llevado a cabo sin respetar el sistema del delito de nuestro CP, pensado en el modelo de conducta individual ("persona física"), ni el concepto legal de pena criminal aplicable únicamente a las personas físicas (art. 60 CP), poniéndose en entredicho principios básicos del Derecho penal, como son los de "culpabilidad", de "responsabilidad subjetiva" y de "personalidad de las penas", que tienen rango constitucional. Además, la Exposición de Motivos –denominada formalmente "Preámbulo"- de la LO 5/2010 nos ofrece una pobre y desconcertante justificación de esta relevante reforma, al declarar que "se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas", pues "son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas". Pues bien, los instrumentos jurídicos internacionales, especialmente los derivados de la UE, lo único que reclaman es que a las personas jurídicas se les impongan "sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias" sin prejuzgar la naturaleza (penas o medidas de seguridad criminales, sanciones administrativas…) de tales sanciones.

   Este panorama poco reconfortante que nos ofrecen las reformas del CP español (2010 y 2015) sobre la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no puede sorprender demasiado si tenemos presente la deleznable política legislativa que en materia penal se ha llevado a cabo durante las últimas décadas en España[58]. En efecto, desde el nuevo CP de 1995, se han realizado "treinta reformas" de nuestro texto primitivo básico, algo insólito en los países de nuestro entorno cultural, y desde 1982 apenas se ha reunido la Sección de

[58] Vid. en este sentido crítico, con particular referencia a la tramitación de la reciente e importante Reforma de nuestro CP por LO 1/2015, GONZÁLEZ CUSSAC, Prefacio, en GONZÁLEZ CUSSAC/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (eds.), Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, pp. 17 y ss.

Derecho penal de la Comisión General de Codificación, con la única excepción de la reciente convocatoria de la citada Sección de Derecho penal por parte del Ministerio de Justicia español el 5 de noviembre de 2015, que tuvo lugar al final de la última Legislatura y una vez realizadas las múltiples e importantes reformas de nuestro CP, lo cual nos hace pensar en el carácter de oportunismo político y electoralista de tal convocatoria.

2. El modelo español de implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31.bis CP) es el de "transferencia" de responsabilidad (o "vicarial") o de responsabilidad por "atribución", que presupone la comisión de un delito por parte de las personas físicas mencionadas en las vías de imputación previstas en el art. 31 bis.1 CP que se integran en la estructura organizativa de la persona jurídica. Se trata de la transferencia de la responsabilidad criminal al ente colectivo por el delito que han cometido las mencionadas personas físicas. Es una responsabilidad penal, la de las personas jurídicas, por un "hecho-delito-ajeno", el efectivamente realizado por personas físicas. Los intentos de quienes defienden el modelo de responsabilidad propia o de "autorresponsabilidad" de la persona jurídica, como la tesis de acudir al criterio de "defecto de organización" atribuible directamente a la persona jurídica, al no cumplir con el "debido control" –deberes de "supervisión, vigilancia y control"-, no se corresponde con la realidad, pues el cumplimiento de tales deberes es asumido por parte de las personas físicas que, integradas en el organigrama de la administración de las personas jurídicas, tienen encomendadas las funciones y asignados los deberes de supervisión, vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos en el seno del ente colectivo (cfr. art. 31 bis 1, letra b, y 2.2ª y 4ª CP). Con otras palabras, la pretendida teoría de la "autorresponsabilidad" o de la responsabilidad por hecho "propio" de la persona jurídica termina siendo, como ha destacado un sector doctrinal, una "teoría de la transferencia encubierta"[59].

3. La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el vigente CP español resulta "incompatible" con el "sistema del delito" y el "concepto de pena" que nos ofrece nuestro texto punitivo básico. En cuanto al "sistema del delito", cabe recordar que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción – no se ajustan al concepto penal y legal de acción, que requiere la voluntariedad de

[59] Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, LH-Bajo Fernández, 2016, p. 381.

la conducta (art. 10 CP), ni pueden cumplir con las exigencias de dolo e imprudencia (art. 5 CP), imprescindibles para poder imponer una pena criminal, como tampoco pueden ser destinatarias del juicio de reproche personal, ético-jurídico, propio dela "culpabilidad penal", al faltarles "autoconciencia" y "libertad" (eximentes relativos a la inimputabilidad, art. 20. 1ª, 2ª y 3ª CP, regulación del error, art. 14 CP). Tal culpabilidad penal no puede tener un equivalente funcional en las sugerentes alternativas, como son las del "concepto funcional de culpabilidad" o de "una culpabilidad de la organización", o de "una culpabilidad por la conducción de la empresa", ni el concepto "constructivista" de culpabilidad que se remite a "una cultura empresarial de deslealtad frente al Derecho" [60]. Estas alternativas no sólo son incoherentes con las exigencias legales del sistema del delito previstas en el vigente CP español, sino también con la esencia y realidad subyacente a la que ha de referirse la culpabilidad penal[61].

Con relación a "la pena", resulta imprescindible para su "aplicación" que su destinatario (persona física) sea subjetivamente responsable –que concurra dolo o imprudencia, y el sujeto sea imputable- del hecho típicamente antijurídico, así como en su "ejecución" ha de dirigirse sólo a quien pueda conocer y comprender el mal inherente al castigo por el delito cometido (cfr. art. 60 CP, que se refiere a la necesaria comprensión por parte del condenado respecto del sentido de la pena).

En conclusión, puede afirmarse que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, propiciada por nuestro legislador a partir de 2010, es incompatible con el sistema del delito y el concepto de la pena que informan el vigente CP español, es decir, se trata de un "cuerpo extraño" dentro de nuestro CP[62].

4. El vigente CP español contempla una serie de "penas", donde destaca el instrumento coercitivo de la multa "por cuotas o proporcional", y una serie de medidas, que van desde la disolución de la persona jurídica hasta su intervención

[60] Sobre las distintas concepciones sobre la culpabilidad "propia" de las personas jurídicas, vid. la exposición de GÓMEZ-JARA DÍEZ, La culpabilidad de la persona jurídica, 2016, pp. 153 y ss.

[61] Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, LH-Bajo Fernández, 2016, pp. 393 y ss. y SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2ª ed., 2016, pp. 363-364.

[62] Vid. en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, Estudios de Derecho penal económico, 2009, p. 282, al declarar que "mientras no se modifique la definición legal del delito o se reformule el concepto de culpabilidad, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta un cuerpo extraño que el sistema del Código penal español, expresamente configurado en exclusiva para la responsabilidad de la persona física individual, repele directamente".

judicial, con finalidad preventivo-especial del delito. Además, el art. 129 CP recoge la posibilidad de imponer una o varias "consecuencias accesorias" a la pena que corresponda al autor del delito, en el caso de la comisión de delitos en el seno de entes colectivos que, por carecer de "personalidad jurídica", no está comprendidos en el art. 31 bis CP, cuyo contenido será el previsto en las letras c) a g) del art. 33.7 CP, es decir, con la exclusión de la multa –letra a)- y de la disolución de la persona jurídica –letra b)-. De esta manera, el propio legislador viene a reconocer que la mayor parte de las "nuevas" penas previstas en el art. 3307 CP son materialmente consecuencias accesorias.

Las "nuevas" penas aplicables a las personas jurídicas (art. 33.7 CP) no son auténticas penas (entre otras razones, no satisfacen las exigencias propias de la culpabilidad penal, que es un presupuesto ineludible en toda pena criminal y está ausente en las personas jurídicas), ni tampoco pueden considerarse medidas de seguridad criminales, cuya imposición requiere no sólo la previa comisión de un hecho previsto como delito (las personas jurídicas no pueden cometer por sí mismas un delito), sino también un estado personal de "peligrosidad criminal" del sujeto, lo cual no se da en las personas jurídicas. En realidad, las "nuevas" penas del art. 33.7 CP son materialmente "consecuencias accesorias" aplicables a las personas jurídicas, como viene a reconocer el propio legislador en el art. 129 CP, y para su imposición debe concurrir la comisión de un delito por parte de determinadas personas físicas integradas en las personas jurídicas, así como una peligrosidad "objetiva", en el sentido de que se utilice la cobertura de una persona jurídica para cometer o seguir cometiendo delitos,

5. A pesar del reconocimiento expreso que consagra el art. 31 bis.1 CP de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si tenemos presente el modelo español de "atribución" o "transferencia" de la responsabilidad criminal a la persona jurídica de los delitos cometidos en su seno por determinadas personas físicas (representantes legales o directivos, o subordinados), se puede seguir afirmando la vigencia del principio *societas delinquere non potest*. A los efectos de mantener la coherencia con "el sistema del delito" -y las categorías que lo integran (acción, dolo e imprudencia en la parte subjetiva del tipo de injusto y la culpabilidad) –y con el concepto de la pena postulados por el vigente CP español, la alternativa más razonable a la situación actual, tras las reformas de 2010 y 2015

del CP, sería la de reubicar la regulación de la responsabilidad jurídica de las "personas jurídicas" fuera del Derecho penal, bien en la vía civil o bien en el ámbito del Derecho "administrativo", al estilo de la "Ley alemana de contravenciones", aunque por razones de economía procesal pudiera abordarse aquélla en el marco del proceso penal, como sustenta el sistema italiano. De esta manera, se evitaría el riesgo de contaminación del consagrado "sistema del delito" y del "concepto de pena" que informa el vigente CP español, se respetarían principios básicos del Derecho penal, como son los de "culpabilidad", "responsabilidad subjetiva" y "personalidad de las penas", y se ganaría en coherencia respecto de la realidad subyacente del sistema penal, que no se ajusta a la naturaleza de las personas jurídicas, que carecen de la dimensión subjetiva inherente a las categorías fundamentales de la teoría jurídica del delito, como son la acción, la imputación subjetiva y la culpabilidad, presupuestos para la imposición de la pena criminal. Resulta excesivo el coste de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal como se regula en el art. 31 bis CP, que sería como asumir un Derecho penal "sin" culpabilidad, incompatible con el Derecho penal de la culpabilidad, inherente a la esencia del auténtico Derecho penal y a las exigencias constitucionales del Estado democrático de Derecho. Las nominales y formalmente reconocidas como "nuevas penas", aplicables a las personas jurídicas, poco tienen que ver con las sanciones criminales en sentido estricto.

* * * * * *

Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz
Investigadora de Derecho penal. Univ. de Alcalá. Socia y coordinadora de la FICP.

~Aproximación al resultado jurídico: relaciones y diferencias con otras acepciones del término "resultado"*/**~

I. INTRODUCCIÓN

En el estudio de la categoría de la antijuridicidad material, entendida –por lo menos en los delitos comisivos– como la «afectación: lesión o puesta en peligro reprobable (y grave) de un bien jurídico protegido en concreto y del propio Derecho»[1], la idea de resultado jurídico o desvalor de resultado adquiere un papel especialmente importante: en efecto, en el debate sobre la estructura del injusto penal, las posiciones mayoritarias son actualmente las dualistas, que estructuran el injusto en desvalor de acción y desvalor de resultado, al que se le otorgaría una importancia equivalente o, como mínimo, secundaria respecto del desvalor de acción[2]. Incluso dentro de las

* El presente trabajo resume algunos de los avances realizados en el marco de mi tesis doctoral –codirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña y la Prof. Dra. Roso Cañadillas– y ha sido financiado gracias a la ayuda del Subprograma de Formación de Personal Investigador de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad (ref. BES-2012-058972), adscrita al proyecto de investigación DER2011-24011 sobre "Responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados" y dirigido por el Prof. Dr. Dr. h. c. D. Diego-M. Luzón Peña. Agradezco a mis dos codirectores sus comentarios y sugerencias en relación con este trabajo.

** Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. AT: Allgemeiner Teil. EPB: Enciclopedia Penal Básica. FS: Festschrift. Foro FICP: Foro FICP (Tribuna y Boletín de la RICP). LH: Libro Homenaje. PG: Parte General. RDPCrim: Revista de Derecho Penal y Criminología. REDPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RFDUCM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

[1] LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 13/4, para quien esta definición enriquece la tradicional definición de la antijuridicidad material como mera lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico y, enlazando con el principio de intervención mínima, hace hincapié en la necesidad de que tal lesión o peligro para el bien jurídico sea *reprobable, grave*, de que no concurran *causas de justificación* que desprotejan ese bien jurídico en el caso concreto y de que también se añada la perspectiva supraindividual de *ataque al Derecho* además de al bien jurídico (*idem*, 13/3).

[2] Es el caso, entre otros, de RUDOLPHI, en: FS-Maurach, 1972, pp. 51-55, 64-65; STRATENWERTH, en: FS-Schaffstein, 1975, pp. 182-193; GALLAS, en: FS-Bockelmann, 1979, pp. 161-166; WOLTER, Zurechnung, 1981, pp. 24-40, 46-51, 64-67, con la peculiaridad de que para él el injusto de los delitos de resultado estaría compuesto en principio de tres partes: un desvalor objetivo-subjetivo de acción, un desvalor objetivo de peligrosidad (o desvalor de resultado primario) y un desvalor objetivo de resultado (o desvalor de resultado secundario); ROXIN, AT, I, 2.ª, 1994, 10/88-101 = PG, I, 1997, 10/88-101; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, 5.ª, 1996, pp. 238-244 = Tratado, 5.ª, 2002, pp. 256-261; ANASTASOPOULOU, Deliktsstypen, 2005, pp. 128-130; EISELE, en: Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 29.ª, 2014, observaciones preliminares a los §§ 13 ss./52-60 en Alemania; y en España HUERTA TOCILDO, Antijuridicidad, 1984, pp. 60, 64-73; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, PG, 2.ª, 1986, pp. 171-173; BUSTOS RAMÍREZ, Control social, 1987, pp. 144-152, 168-176, aunque en puridad sitúa el desvalor de acción en la tipicidad y el desvalor de resultado en la antijuridicidad; LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, p. 168; MIR PUIG, ADPCP, 1994, pp. 21-22, 25-28, modificando su postura anterior tras establecer una distinción entre antijuridicidad y antinormatividad; RECPC, 06-02, 2004, p.

concepciones monistas del injusto penal (que fundamentan el injusto únicamente en el desvalor de acción y consideran el resultado jurídico como una mera condición objetiva de punibilidad) cabe destacar la existencia de algunos autores que defienden la relevancia del resultado jurídico a los efectos de legitimar efectivamente la punición desde el punto de vista de la *necesidad* de pena o, según algunas formulaciones, de lograr la conformidad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de intervención mínima[3].

Ahora bien, cuando se pretende analizar con un poco más de detalle el concepto y el contenido del resultado jurídico o desvalor de resultado, el camino se llena de dificultades: ya de entrada, la legislación y la doctrina penales utilizan a menudo el término "resultado" a secas, que presenta comúnmente otras dos acepciones dogmáticas (v. *infra*: de una parte, la de resultado *en sentido amplio* como la propia *acción exterior como resultado de la decisión de voluntad* –o, a veces, exigiendo un poco más, la *completa realización del tipo penal*, aunque sea de mera actividad o de mera conducta omisiva–, y de otra parte, la de resultado –en su caso *típico– estricto*, o sea distinto de la acción, que LAURENZO llama resultado típico o también "estructural"[4])[5]. Y así, se comprende que el discurso dogmático en esta materia pueda volverse por momentos ambiguo u oscuro, teniendo en cuenta la a veces deficitaria precisión por parte de la

15; PG, 10.ª, 2015, 6/37, 6/48-61; SOLA RECHE, Tentativa inidónea, 1996, pp. 108-114, con matices; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 69-71; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, pp. 383-384, 417-440; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, pp. 74-76, 597-601; Lecciones, 3.ª, 2016, 13/38-58; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 595-597 (especialmente, n. 1538), siguiendo a BUSTOS; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 317; GRACIA MARTÍN, Fundamentos, 2006, pp. 297-302; CEREZO MIR, PG, 2008, pp. 463-467, 497-499; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9.ª, 2015, p. 301.

[3] MIR PUIG, Función, 2.ª, 1982, p. 65-73; ADPCP, 1988, pp. 672-673; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, pp. 417-420, que destaca la importancia del resultado a efectos especialmente de *necesidad de pena*, pues su falta la disminuiría o anularía (vid. n. 444 en p. 417); CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 135-136: «Para que un hecho caracterizado, *ex ante*, como tipo de injusto penal, sea merecedor de pena –sancionable–, es necesario probar la realización típica desde una perspectiva *ex post*, para poder imputarle el carácter de tipo penal […]. El resultado, en sentido jurídico, como lesión de un bien jurídico-penal imputable al peligro objetivo idóneo, en cuanto creador de un riesgo grave para un bien jurídico-penal es una exigencia derivada del principio de lesividad y, en consecuencia, se ha de probar su concurrencia en todas las clases de tipos delictivos».

[4] Así lo hace por ejemplo en LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 31-34, 61-63, 103-104.

[5] Sobre las acepciones del término resultado en la doctrina, vid. BERISTAIN IPIÑA, Cuestiones penales, 1979, pp. 264-268: este autor distingue entre cinco teorías históricas, las cuales manejan una o varias de las tres acepciones anteriores: teoría naturalista, teoría jurídica, teoría diferenciadora, teoría de la realización típica y teoría finalista; HUERTA TOCILDO, Antijuridicidad, 1984, pp. 21-24; LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 17-18; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 129-134, que sin embargo realiza una exposición un poco diferente de la habitual; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 77-158; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, pp. 419-423; MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad, 2001, pp. 664-666; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, pp. 1106-1108; Lecciones, 3.ª, 2016, 14/7-11. Por lo demás, todas las acepciones tienen en común la idea de resultado como "consecuencia" de algo: vid. CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 129-130; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, p. 1106; Lecciones, 3.ª, 2016, 14/7.

doctrina sobre qué acepciones son admitidas y están siendo empleadas en cada momento, así como la constatación de que un sentido y otro pueden estar relacionados según la concepción del bien jurídico y/o del injusto que defienda el autor, no siempre explícita. El presente trabajo tiene precisamente por objeto realizar una primera aproximación al concepto de resultado jurídico o desvalor de resultado y abordar sus diferencias y relaciones con las restantes acepciones.

II. LAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO "RESULTADO" EN LA DOGMÁTICA PENAL

Cuando la doctrina habla de desvalor de resultado o *resultado jurídico*, lo hace habitualmente en el sentido de una «… lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma infringida»[6], por lo que su contenido sería esencialmente valorativo y estaría vinculado –en los términos señalados en la introducción– o bien a la fundamentación del injusto, como base de la idea del desvalor de resultado, o bien a la punibilidad[7]. Esta acepción del resultado es precisamente en la que se basa la distinción entre los delitos de lesión y delitos de peligro. La idea básica es que en unos y otros el resultado jurídico sería diferente: en los delitos de lesión, el resultado jurídico consistiría en la lesión del bien jurídico protegido –o la de su objeto material, para algunos–; en los delitos de peligro concreto, se trataría de su puesta en peligro *ex post*; en cambio, en los delitos de peligro abstracto no existiría según la mayoría de la doctrina ningún resultado jurídico[8], aunque algunas tesis materializadoras del injusto de

[6] LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, p. 18. Vid. también: LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, p. 1107; Lecciones, 3.ª, 2016, 14/10: «… el *resultado (jurídico)* se pone en conexión con la afectación del bien jurídico y puede consistir en la lesión (destrucción o menoscabo) o la puesta en peligro (probabilidad de lesión) del mismo prevista en cualquier tipo, en la consumación o en fases anteriores».

[7] RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1978, pp. 279-280, 331-332, n. 20, 336-340; LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 18, 29-31, 36-37; ROXIN, AT, I, 2.ª, 1994, 10/88 = PG, I, 1997, 10/88; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 129-130; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 139-152; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, pp. 419-423; MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad, 2001, pp. 665-666; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, p. 1107; Lecciones, 3.ª, 2016, 14/10-11; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, p. 603; MIR PUIG, PG, 10.ª, 2016, 9/18.

[8] La ausencia de resultado jurídico en los delitos de peligro abstracto es afirmada, entre otros, por SOLA RECHE, ADPCP, 1994, p. 169, n. 13; MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, pp. 18, 335-338; FRISCH, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Rechtsgutstheorie, 2003, p. 234 = Hefendehl (ed.), Bien jurídico, 2007, p. 334; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 606-607 señala simplemente que es "discutible"; CEREZO MIR, PG, 2008, pp. 422, n. 50, y 463-464; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9.ª, 2015, pp. 299-303. En cambio, algunas tesis materializadoras del injusto de los delitos de peligro abstracto sí afirman la existencia de un desvalor de resultado; se trata principalmente de las siguientes: (i) aquellas que sostienen que en los delitos de peligro abstracto puede identificarse un daño *sui generis*, consistente en un daño a la seguridad del bien jurídico, (ii) las que mantienen la existencia de una lesión de otros bienes jurídicos supraindividuales protegidos en el tipo; (iii) las que presumen una puesta en

esta clase de delitos defiendan lo contrario[9]. Además de lo anterior, la problemática del resultado jurídico también se encuentra presente en la fundamentación material de la punición de las distintas fases del *iter criminis*[10].

Por otro lado, la idea del *resultado* en sentido *estricto* y *típico* hace alusión a la existencia de un elemento típico que constituye un «… efecto separable de la acción y que surge de ella»[11] y que sirve de base a la distinción entre los delitos de resultado y los delitos de mera conducta[12]. Se entiende así, generalmente, que los delitos de homicidio, lesiones o daños son delitos de resultado, mientras que el allanamiento de morada (art. 202 CP), las agresiones sexuales (art. 178 CP) o la omisión del deber de socorro (art. 195 CP) serían ejemplos de delitos de mera conducta[13]. La producción de un resultado estricto, con existencia *real*, tendría muchas consecuencias prácticas desde un punto de vista dogmático: (i) a juicio de alguna doctrina, solo en los delitos de resultado se exigiría la relación de causalidad e imputación objetiva; (ii) el resultado

---

peligro *ex post*, salvo prueba en contra; y (iv) quienes ven en la peligrosidad objetiva *ex ante* también una forma de desvalor de resultado.

[9] Se trata principalmente de las siguientes: (i) aquellas que sostienen que en los delitos de peligro abstracto puede identificarse un daño *sui generis*, consistente en un daño a las condiciones de seguridad heterónomas para el aprovechamiento despreocupado del bien jurídico, (ii) las que mantienen la existencia de una lesión de otros bienes jurídicos supraindividuales protegidos en el tipo; (iii) las que presumen una puesta en peligro *ex post*, salvo prueba en contra; y (iv) quienes ven en la peligrosidad objetiva *ex ante* también una forma de desvalor de resultado. Sobre estas tesis, vid., entre otros, MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, pp. 91-191; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 2004, pp. 297-343; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Foro FICP, 2015-3, pp. 119-141; Delitos de peligro [tesis doctoral inédita], 2017, pp. 183-2016.

[10] RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1978, pp. 336-340; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, p. 1107; Lecciones, 3.ª, 2016, 14/10-11.

[11] LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 17-18, 31. Vid. también: LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, p. 1106; Lecciones, 3.ª, 2016, 14/7: «… modificación del mundo exterior producida o causada por un movimiento corporal dependiente de la voluntad humana. […] cambio causado por la conducta y distinto de la misma». Existen otras definiciones más precisas, pero tienen el inconveniente de prejuzgar cómo ha de ser ese resultado, en el sentido de limitarlo a los efectos naturalísticos sobre el mundo exterior, perceptibles por los sentidos: de ahí que sea frecuente la denominación de esta acepción de resultado como *resultado material* o *natural*. Se describirán estas posturas más adelante, en este mismo apartado, para contraponerlas a otras que también aceptan otra clase de resultados real-estrictos y típicos con naturaleza formal o intelectual. En el presente trabajo se ha optado precisamente por la terminología de *resultado real-estricto* en lugar de la de *resultado material o natural* para dar también cabida a modalidades formales o ideales (aunque en todo caso *reales*) del resultado descrito en el tipo. Soy consciente de que el adjetivo "material" también podría utilizarse en un sentido amplio (no exclusivo de la realidad física o corpórea), pero al ser menos frecuente entre la doctrina habría más riesgo de confusión con su acepción habitual.

[12] RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1978, pp. 331-332, n. 20; LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 17-20, 31; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, 5.ª, 1996, p. 529 = Tratado, 5.ª, 2002, pp. 278-279, con referencia al objeto material; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 129-130; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 92-94; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, pp. 419-420; MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad, 2001, pp. 664-665; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, pp. 1106-1107; Lecciones, 3.ª, 2016, 14/7 y 9; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 603-605; MIR PUIG, PG, 10.ª, 2016, 9/18.

[13] Por todos, vid. LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 12/28/32; MIR PUIG, PG, 10.ª, 2016, 9/18.

estricto resultaría esencial para determinar el grado de ejecución del delito, con implicaciones en materia de desistimiento; (iii) en los delitos imprudentes de resultado, la punición se supeditaría precisamente a la realización de este; (iv) solo en los delitos de resultado se permitiría la modalidad de comisión por omisión; y (v) a los efectos de determinación del lugar del delito y de la prescripción, el resultado estricto también desempeñaría un importante papel[14].

Por último, la acepción del resultado como *conducta exterior* encuentra sus orígenes en la doctrina causalista y supone una manifestación del principio del hecho o responsabilidad por el acto concreto, según el cual el Derecho penal no persigue pensamientos, sino conductas con relevancia en el mundo exterior. Aunque el uso de esta tercera acepción se encuentra actualmente en retirada, todavía se identifican hoy en día afirmaciones doctrinales que recurren a ella. La idea en definitiva es que la conducta activa o pasiva constituiría el resultado del impulso de la voluntad, y por lo tanto esta clase de resultado estaría presente en todas las fases (externas) del *iter criminis*[15]. Alguna doctrina, sin embargo, perfila más bien su contenido como la completa *realización del tipo objetivo*, correspondiente con la noción de *consumación*, y la justifica en las exigencias formales del principio de legalidad y de la seguridad jurídica[16]. Estas acepciones pueden provocar a veces cierta confusión, si no están claramente contextualizadas: según la opinión de algunos autores, al llamar resultado a

[14] LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 20-28; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 75-77; MIR PUIG, PG, 10.ª, 2016, 9/19.

[15] Vid. la exposición de LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 17, 19-20; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, 5.ª, 1996, p. 260 = Tratado, 5.ª, 2002, p. 278; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 77-85; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, p. 421, n. 157; MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad, 2001, p. 664. Recurren a esta acepción, en general o en momentos concretos, ROXIN, AT, I, 2.ª, 1994, 10/88, 99 y 104 = PG, I, 1997, 10/88, 99 y 104; MIR PUIG, ADPCP, 1994, pp. 11-13; RECPC, 03-06, 2001; PG, 10.ª, 2016, 6/54, 9/18, n. 7; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, p. 1106; Lecciones, 3.ª, 2016, 13/41, 14/8, entre otros.

[16] Véase la exposición de BERISTAIN IPIÑA, Cuestiones penales, 1979, p. 266; LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, p. 17; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 85-92; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, pp. 421-423. Nótese que se trata de una acepción un poco más restrictiva que la anterior, puesto que hace falta la realización del tipo y no se aplicaría a fases anteriores del *iter criminis*, como sí aceptan los autores referidos en la nota anterior (aunque en el caso de MIR ello pudiera deberse a que concibe la tentativa como un *tipo* y no como una *forma de ampliación de la tipicidad*). Aceptan o recurren al uso de esta acepción del resultado como realización típica MEZGER, Tratado, I, 1946, pp. 175-180, p. 175: «En el concepto de acción está comprendido el concepto del resultado. "Resultado" del delito es la total realización típica exterior; por ello, el resultado comprende, tanto la "conducta corporal del agente" como el "resultado externo" causado por dicha conducta»; el resultado externo sería lo que aquí ha sido denominado resultado en sentido real-estricto; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 88-92, 149-150; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, pp. 421-423, que lo denomina "resultado típico", sostiene que la regulación de la tentativa en el art. 16 CP obligaría, bien a aceptar esa acepción del resultado como realización del tipo penal, o bien a renunciar a la posibilidad de que haya tentativas en los delitos de actividad. Nótese que la denominación "resultado típico" para este significado coincide con la que otros autores dan al resultado real-estricto, pudiendo dar lugar a malentendidos.

la acción exterior, se estaría equiparando la conducta con el efecto por ella producido; y, cuando la referencia es al resultado como la completa realización del tipo, la identificación sería con el tipo penal[17].

III. CONEXIONES Y DIFERENCIAS

Hecha esta separación analítica de cada una de las acepciones del resultado –acción exterior, resultado jurídico y resultado real-estricto distinto de la acción–, conviene plantearse ahora qué uso se hace de unas y otras y qué relación hay entre ellas –si es que existe– en función de los diferentes puntos de partida que sobre el bien jurídico y el injusto se hayan adoptado.

Empecemos con las eventuales relaciones entre el resultado jurídico y el resultado real-estricto, descrito expresamente en el tipo. Para algunas de las concepciones monistas del injusto[18] no habría necesidad de buscar una perturbación del bien jurídico como consecuencia de toda conducta punible: como el injusto estaría únicamente constituido por el desvalor de acción, la exigencia legal de un resultado jurídico sería para ellas más bien un obstáculo que superar en su argumentación, p. ej., cuando la ley permite o impone más pena al delito (de lesión) consumado que a la tentativa. Pues bien, desde esa perspectiva, tales problemas no aparecerían en los delitos de mera conducta, cuya consumación se produce con la mera realización de la conducta descrita en el tipo; de ahí que esta concepción *favorezca* la equiparación material entre el resultado jurídico y el resultado real-estricto, o incluso el uso de una única acepción de resultado: de modo que, en el fondo, si no hay efecto separable de la acción (resultado real-estricto), tampoco habrá un resultado jurídico[19].

---

[17] Vid. RODRÍGUEZ MUÑOZ, en: MEZGER, Tratado, I, 1946, pp. 175-176, que entiende que los inconvenientes de la terminología de MEZGER superan las ventajas: «… no puede negarse que producirá extrañeza el ver cómo en una serie de casos se habla de resultado del delito y, en realidad, lo que tal nombre cubre es la manifestación de voluntad del sujeto activo. Claro es que con ello resulta que todo delito tiene un resultado; pero no es menos cierto que se confunden irremisiblemente la manifestación de voluntad con el resultado»; BERISTAIN IPIÑA, Cuestiones penales, 1979, p. 266; BARBERO SANTOS, ADPCP, 1973, p. 491; CEREZO MIR, PG, 2008, p. 406, n. 5. Críticos solo con respecto a la acepción del resultado como acción exterior, pero no como completa realización del tipo, ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 78-79, 149-150; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, pp. 421-423: pues, aunque admite que la acumulación de conceptos podría ser innecesaria, se decanta por mantenerlos debido a su diferente razón de ser y bajo la condición de distinguir claramente a cuál de todos ellos se está haciendo referencia en cada momento.

[18] En particular, aquellas que no defienden después la *necesidad* político-criminal de una lesión o peligro concreto *ex post* para compatibilizar el delito con determinados principios limitadores del *ius puniendi* o a efectos de necesidad de pena.

[19] Vid. el análisis que de estas posturas, y en especial de WELZEL, ZIELINSKI, KAUFMANN y HORN, realiza LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 45-50; p. 50: «En definitiva, todo parece indicar que los autores que parten de una concepción de lo injusto basada exclusivamente en el desvalor de acción, no

Lo contrario sucedería con las concepciones basadas predominantemente en el desvalor de resultado (resultado jurídico), así como con las dualistas que sostienen la necesidad de su presencia en el injusto. Aquí se plantean dilemas no solo respecto de las fases anteriores del *iter criminis*, como se ha visto, sino también respecto de los delitos de mera actividad: el que en estos últimos no haya un resultado real-estricto, ¿significaría asimismo que carecen de resultado jurídico? Por lo general, dado lo arraigado de muchos delitos de mera conducta en la legislación jurídico-penal, la doctrina ha tendido a responder a esta pregunta en sentido negativo, afirmando que también en esta clase de tipos habría por lo general un desvalor de resultado. En el allanamiento de morada consumado, por ejemplo, se produciría una lesión de la intimidad domiciliaria con la mera entrada en la morada ajena contra la voluntad de su morador, sin necesidad de efecto separable alguno de la acción. En definitiva, el referido punto de partida favorece la independencia conceptual entre el resultado real-estricto y el resultado jurídico[20], aunque ciertamente no obliga a ello y tampoco impide que en algunos casos, al definir el exacto contenido de uno y otro, los conceptos se acaben entremezclando[21].

---

trabajan con dos conceptos de "resultado", sino con uno sólo: el resultado es, en todo caso, y cumpla la función que cumpla, el efecto separable de la acción, esto es, el resultado en sentido estructural». En el texto se ha suavizado tal afirmación, entendiendo que una concepción así *favorece* la identidad entre un sentido y otro y hasta el uso de un único concepto, pero puede no ser así, como la propia LAURENZO COPELLO reconoce en el caso del *primer* MIR PUIG. De hecho, cuanto más se defienda la conveniencia del resultado jurídico (y no solo se asuma su exigencia de *lege lata*), más problemática puede resultar la punición de los delitos de mera actividad y más se decantará la doctrina a favor de la autonomía de las acepciones del término resultado. Véase también el análisis de ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 66-69.

[20] Lo describe LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 41-42, 55-60: con respecto a las concepciones dualistas, cabe precisar que esta autora las divide según los argumentos que emplean para incluir el desvalor de resultado en el injusto: según su exposición, aquellas que utilizan un criterio *teleológico* (es decir, que entienden que la protección de los bienes jurídicos es el fin de las normas penales imperativas) tendrían tendencia a duplicar los conceptos de resultado; en cambio, aquellas que se apoyan en un criterio *normológico* (esto es, que afirman que desvalor de resultado surge del propio contenido de la norma penal) tenderían a identificar el resultado real-estricto y el resultado jurídico: se trataría de un mismo elemento, pero observado desde dos perspectivas diferentes. El punto de vista descrito en el texto se ilustra, por ejemplo, con las posturas de RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1978, pp. 272-273; HUERTA TOCILDO, Antijuridicidad, 1984, pp. 21-24; MIR PUIG, ADPCP, 1994, pp. 11-13; PG, 10.ª, 2016, 6/54, 9/18, aunque combinando en parte el desvalor de resultado con el resultado como acción exterior; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, 5.ª, 1996, p. 263 = Tratado, 5.ª, 2002, p. 282; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 603-605.

[21] El dilema de las concepciones dualistas con los delitos de mera actividad también ha sido expuesto por ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 146-147; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 13/41, quien afirma que la postura más extendida es la duplicidad conceptual señalada en el texto, optando a veces por la terminología de "desvalor del hecho" en lugar de "desvalor de resultado". De hecho, LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 167-183 acaba tomando postura a favor de la equiparación material del resultado típico (real-estricto) con el resultado jurídico, de tal manera que el resultado típico consistiría en el efecto de la acción sobre el bien jurídico (en concreto, su perturbación) y separable de ella: se trataría de un mismo fenómeno observado desde dos perspectivas diferentes, la de la

En una posición un tanto intermedia se encontrarían las concepciones dualistas que admiten *excepciones* a la presencia de un desvalor de resultado en toda conducta punible (y que son las que se consideran aquí más correctas). Precisamente por el carácter extraordinario de esos delitos sin resultado jurídico *ex post*, lo más habitual es que para los representantes de esta corriente no todos los delitos de mera actividad sean considerados como tales; de esta manera, al igual que en caso anterior, también habría una razonable tendencia a separar conceptualmente entre el resultado real-estricto y el resultado jurídico[22]. No obstante, cuanto menos excepcional se considere por la doctrina la ausencia de desvalor de resultado, más probabilidades habrá de que, consciente o inconscientemente, acaben siendo identificados en su contenido el resultado jurídico y el resultado real-estricto[23].

En el marco de estas disquisiciones, a veces se introducen en la ecuación las acepciones del resultado como acción exterior o como plena realización del tipo. ACALE SÁNCHEZ, por ejemplo, entiende que el concepto de resultado como completa realización del tipo sería la *base* del juicio de antijuridicidad, y sobre ella descansaría el desvalor de resultado[24]: «En sede de injusto –afirma–, se desvalora la realización de todos los elementos del tipo, con independencia de que haya tipos que exijan o no un resultado, puesto que éste no es el único elemento del tipo […]. En ese momento, una vez que hayan sido analizados todos los elementos del tipo, las diferencias entre los delitos de mera actividad y de resultado desaparecen y de esta forma se enfrentan en igualdad de términos al injusto»[25].

Una afirmación como la anterior podría ser en principio aceptada, a pesar de suponer una gran acumulación de conceptos con semejante o idéntica terminología.

---

fundamentación del injusto y la de la estructura de los tipos. Por eso, en su opinión, allí donde no haya un resultado típico tampoco habrá un resultado jurídico. Esto le inclina a rechazar los delitos de mera actividad que no puedan ser considerados delitos de peligro abstracto con desvalor de resultado *potencial* para el bien jurídico; a su juicio, convendría eliminar la clasificación de los tipos desde un punto de vista estructural y optar exclusivamente por la clasificación basada en el grado de afectación al bien jurídico. En contra, vid. SOLA RECHE, Tentativa inidónea, 1996, p. 162; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 135-139; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, p. 419, n. 152.

[22] Vid. por ejemplo ROXIN, AT, I, 2.ª, 1994, 10/88 = PG, I, 1997, 10/88; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, pp. 419-423; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, p. 1107; Lecciones, 3.ª, 2016, 12/43, 14/10-11; CEREZO MIR, PG, 2008, p. 406.

[23] Por ejemplo, SOLA RECHE, Tentativa inidónea, 1996, pp. 111 se inclina hacia la conexión entre resultado jurídico y resultado típico (real-estricto), de manera que los delitos de mera conducta no tendrían desvalor de resultado; p. 246: «… lo *injusto de los delitos de resultado* queda plenamente constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor de resultado, pero lo injusto queda ya constituido con el desvalor de la acción». Todo el texto en cursiva en el original.

[24] ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 88-92, 149-150.

[25] ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, p. 150.

Ahora bien, el recurso a estas últimas acepciones (resultado como solo la acción exterior o como plena realización del tipo, aunque sea de mera conducta) supone en mi opinión un problema si se realiza como puente directo hacia el desvalor de resultado, es decir, como comodín que permite concluir automáticamente la presencia de un desvalor de resultado *ex post* siempre que haya una exteriorización de la voluntad o que la conducta haya consumado el tipo. El motivo reside en que, en ese caso, se estarían identificando la acción exterior o la consumación con el resultado jurídico, lo cual no es correcto y descafeinaría la idea de este último: como ya se ha señalado, ni todos los delitos tipifican conductas lesivas o peligrosas *ex post* para el bien jurídico protegido ni todas las fases externas punibles del *iter criminis* de los delitos de lesión suponen necesariamente esa lesión o peligro *ex post*[26].

De todas formas, es preciso aclarar que aquello en lo que se concreta el efecto separable de la acción (es decir, el resultado en sentido real-estricto) no es en absoluto pacífico entre la doctrina. Para empezar, se discute si el efecto debe ser necesariamente material, es decir, si debe suponer una modificación del mundo exterior físico-química o biológica, perceptible o aprehensible por los sentidos, o si puede ser también un efecto formal o ideal, en el sentido de un cambio de la realidad no corpóreo, sino captable de manera lógica o intelectual, por la asignación de cierto sentido o valoración. Ejemplos de resultados claramente perceptibles por los sentidos serían la muerte de una persona, un incendio o una herida; en cambio, resultados intelectuales serían la creación de un objeto o una descripción no veraz en las falsedades, o la creación de una situación deshonrosa en el delito de injurias[27]. Además, también hay resultados materiales o naturales (incluso físicos, no psíquicos), no ideales ni formales, que no son perceptibles

[26] Aunque la doctrina no suele llegar a los extremos expuestos en el texto, hay afirmaciones que pueden dar pie a malentendidos: por ejemplo, la propia ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, p. 92 apunta que «no todos los delitos tienen resultado natural. Pero todos los delitos suponen realización de los elementos del tipo y desde aquí *puede afirmarse que todos los delitos tienen un desvalor de resultado*». La cursiva es mía. La reflexión crítica también sería aplicable a los casos, más frecuentes, en que la peligrosidad objetiva *ex ante* del desvalor objetivo de acción se convierte, solo por el hecho de haber sido manifestada al exterior (manifestación que se comprueba *ex post*), en un desvalor de resultado *ex post*. Vid. a este respecto las críticas de ALCÁCER GUIRAO, Tentativa inidónea, 2000, pp. 241-242 sobre la postura de MIR PUIG.

[27] Vid. la exposición de ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 98-106. Admiten los resultados estrictos formales o ideales, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 105-106; MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad, 2001, pp. 664-665; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, pp. 1106-1107; Lecciones, 3.ª, 2016, 14/9. En cambio, parece decantarse por un resultado material, HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter, 2002, p. 194. Para quienes identifican solamente el resultado estricto con un efecto perceptible por los sentidos, puede ser problemática la consideración como tal de la situación de peligro de los delitos de peligro concreto, que a pesar de ser un elemento típico, separable de la acción y procedente de ella, no es siempre perceptible por los sentidos, por lo menos no de modo evidente. Reflexiona sobre ello CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 130-134.

directamente por los cinco sentidos humanos, sino solo mediante complejos aparatos físico-químicos o procedimientos de captación, medición y análisis: p. ej., los efectos que provocan energías físicas, ultrasonidos, señales no perceptibles por la vista o el oído, ondas electrónicas o magnéticas, modificación de soportes, datos o sistemas informáticos, radioactividad, etc. Y estos resultados materiales o naturales (no ideales, lógicos o formales) también pueden formar parte de la descripción típica de nuevos delitos, como los medioambientales, informáticos, genéticos, sobre energía nuclear, sustancias tóxicas, radiactivas, armas biológicas, etc.[28]

Por otro lado, existe también polémica sobre el contenido exacto de tal efecto separable de la acción. Según la exposición de LAURENZO COPELLO, cabría distinguir las siguientes posturas principales: un primer grupo de autores, que identificaría el resultado real-estricto con el *efecto sobre el objeto material o de la acción* y que además establecería una *directa vinculación* entre este último y el bien jurídico tutelado; un segundo grupo, que lo definiría como el *efecto sobre el bien jurídico protegido*; y un tercero, que simplemente se referiría al resultado real-estricto como *efecto espacio-temporalmente separable de la acción*, sin vincularlo de manera determinante con el bien jurídico[29]. La primera postura sería más característica de las concepciones ideales o espiritualizadas tradicionales del bien jurídico: en ellas, el objeto material sería aquello en lo que se concretaría el bien jurídico, y por lo tanto actuaría como nexo indispensable para conectar el delito con el mundo real[30]. La segunda ya sí sería más aceptable desde el punto de vista de una concepción real del bien jurídico[31]; no obstante, al igual que sucede en la opción anterior, presenta el riesgo de mostrar una conexión demasiado

[28] Esta aclaración se la debo al Prof. LUZÓN PEÑA.

[29] LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, p. 63.

[30] LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 63-87; HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter, 2002, p. 29. Aunque la terminología es variable, al hablar de *bien jurídico espiritualizado* se está aquí haciendo referencia a las concepciones del bien jurídico como interés o valor ideal distinto de la realidad sobre la que descansa, y como tal no susceptible de ser lesionado realmente según los parámetros tradicionales de lesión, sino solo menoscabado en su *pretensión de respeto*. De ahí que siempre necesite de un substrato u *objeto material* para conectarlo con el mundo real, como se señala en el texto. Un ejemplo de concepciones espiritualizadas tradicionales del bien jurídico lo ofrecen JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, 5.ª, 1996, p. 256-260; p. 263 = Tratado, 5.ª, 2002, pp. 274-278; p. 282: «El *resultado típico* debe distinguirse del *menoscabo del bien jurídico protegido*. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial y temporal, mientras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal». Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN, PG, 4.ª, 2014, p. 261 también mantiene una concepción ideal y procedimental del bien jurídico, pero se aparta de las concepciones tradicionales al afirmar en algunos casos su carácter lesionable.

[31] Las *concepciones reales* del bien jurídico mantienen que este es un objeto o estado de cosas valioso procedente de la realidad (material o inmaterial) y susceptible de ser directamente lesionado mediante procesos causales (físicos o psíquicos).

directa y necesaria entre el contenido del resultado real-estricto y el del resultado jurídico[32].

Por eso, de las tres opciones, la tercera es la que parece más satisfactoria, pues encaja mejor con la diversidad existente en las estructuras típicas. De hecho, en el presente trabajo se parte de que el tipo puede referirse o no a un objeto material de la acción, sin que en caso negativo ello suponga la inexistencia de un bien jurídico protegido[33]; y se entiende también que, de exigirlo, su conexión en forma y contenido con el bien jurídico puede variar. De este modo, aun siendo cierto que en los delitos de resultado suele darse cierta vinculación entre el resultado real-estricto y la perturbación del bien jurídico, puede haber excepciones y, además, los conceptos tampoco llegarían a solaparse del todo[34]. En palabras de HEFENDEHL: «A través del concepto de resultado se puede captar un suceso que hay que diferenciar de la conducta y que, a su vez, no cabe

[32] V. al respecto LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 63-104. En contra de que la primera postura suponga la necesaria identificación entre el resultado jurídico y el resultado real-estricto, ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 126-127.

[33] Incluso si se parte de una concepción real del bien jurídico, puede distinguirse entre este último y su substrato. Así, el bien jurídico consiste en su *substrato*, es decir, la realidad sobre la que descansa, *y su valoración*, que para muchos autores está ligada a su función para el desarrollo del individuo. El substrato por sí solo, ya sea *material* (en el sentido de una realidad físico-química, corpórea o biológica) o *inmaterial* (en el sentido de una realidad incorpórea, mental, intelectual o sociológica), sería valorativamente neutro, y solo cuando al mismo se añade su valoración –conforme a los fines y objetivos del programa ético-social– adquiriría el perfil de bien jurídico. Dicho esto, también resulta necesario diferenciar el bien jurídico protegido del concreto objeto sobre el que *en algunos delitos* recae la acción. Se habla así a veces de la distinción entre el *objeto jurídico o de protección*, esto es, el bien jurídico protegido, y el *objeto material u objeto de la acción*. Este último sería la cosa o la persona sobre la que recae la acción típica, que puede coincidir o no con el sujeto pasivo del delito. Así, el bien jurídico sería la vida, entendida como realidad individual y socialmente valiosa, y el objeto de la acción sería el cuerpo humano –o incluso, más concretamente, uno o varios órganos vitales del cuerpo–; en los delitos patrimoniales (*e.g.*, el hurto, el robo o los daños), el bien jurídico protegido consistiría en la propiedad o la posesión –como derechos reales– sobre determinados objetos, mientras que el objeto de la acción sería la concreta cosa sobre la que tal propiedad o posesión recae, y el sujeto pasivo el titular de los derechos reales en cuestión. Vid. por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, Lesión, 2003, p. 88; GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, pp. 65-66; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª, 2015, p. 254; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 13/17-18; MIR PUIG, PG, 10.ª, 2016, 6/40, 9/15-16.

[34] Vid. la exposición de LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 104-126. A favor de esta tercera línea de pensamiento se podrían incluir los siguientes autores: GRAUL, Abstrakte Gefährdungsdelikte, 1991, pp. 107-108; LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, pp. 1106-1107; Lecciones, 3.ª, 2016, 12/43, 14/11; HEFENDEHL, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Rechtsgüterschutz, 2003, pp. 119-120 = en: Hefendehl (ed.), Bien jurídico, 2007, pp. 180-181; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 318: «Bien es cierto que por medio del resultado se describe un efecto de la acción típica sobre un objeto acotado, normalmente, por el propio tipo (objeto de la acción), efecto que ha de producirse para la plena realización del delito. Pero el resultado, y éste es el argumento decisivo, no comporta automáticamente la ofensa al bien jurídico, dado que el objeto de la acción puede tener o no una vinculación material con el bien jurídico». A veces se menciona expresamente que el resultado estricto supone una modificación del mundo exterior separada espacio-temporalmente de la acción; sin embargo, otros autores recuerdan que no es necesario que se dé una diferencia temporal ni espacial con la acción; de ahí que sea más conveniente referirse solo a un suceso distinto de la acción y separable de esta por lo menos mentalmente.

equiparar a una lesión del bien jurídico»[35] (ni –cabe añadir– una concreta puesta en peligro del mismo). Por ejemplo, en el caso del delito de falsificación de moneda (art. 386.1.1.º CP) o de documentos (art. 395 CP), el tipo requiere como resultado real-estricto que el sujeto haya creado un objeto con un mínimo de apariencia engañosa; sin embargo, tal efecto separable espacio-temporalmente de la acción y causado por ella no supone un peligro concreto *ex post* ni una lesión de la fe pública en tanto el documento no haya sido utilizado o la moneda haya sido puesta en circulación[36] (y eso incluso si se parte de la idea de que la fe pública puede ser lesionada o puesta en concreto peligro, lo cual es discutido por numerosa doctrina). Otras divergencias entre el resultado real-estricto y el resultado jurídico pueden darse, como señala ACALE SÁNCHEZ, cuando concurre una causa de justificación del resultado: así, en un homicidio en legítima defensa, no hay duda de que el resultado real-estricto de muerte se ha producido; no obstante, precisamente debido a la exclusión del desvalor de resultado por efecto de la legítima defensa, no se podría hablar de un resultado jurídico[37].

A la vista de la independencia conceptual entre el resultado real-estricto y el resultado jurídico, parece razonable la tipología cruzada de estructuras delictivas que plantea STRATENWERTH: de este modo, cabría distinguir conceptualmente entre (i) delitos de mera conducta y de peligro, (ii) de mera conducta y de lesión; (iii) de resultado y de peligro (o resultado de peligro) y (iv) de resultado y de lesión (o resultado lesivo)[38].

[35] HEFENDEHL, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Rechtsgüterschutz, 2003, pp. 119-120 = en: Hefendehl (ed.), Bien jurídico, 2007, pp. 180-181.

[36] LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, p. 1107; Lecciones, 3.ª, 2016, 14/11.

[37] ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, p. 147.

[38] STRATENWERTH, PG, I, 1982, p. 79. En una línea similar, LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, pp. 1106-1107; Lecciones, 3.ª, 2016, 12/43, 14/10-11; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, p. 605. Algunos autores llegan incluso más allá y sostienen que tanto los delitos de peligro abstracto como los delitos de peligro concreto pueden ser de mera conducta o de resultado, lo cual es sin embargo más cuestionable, especialmente en el caso de los delitos de peligro concreto: es el caso, por ejemplo, de ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, p. 152-153, 176, 204-205, 215-227. Ahora bien, la consideración de que también los delitos de peligro concreto pueden ser eventualmente delitos de mera conducta es muy poco frecuente, mientras que sí es más habitual el discurso que rebate que los delitos de peligro abstracto sean siempre (como a menudo se dice) delitos de mera conducta. El motivo reside en que la situación de peligro concreto propia de los delitos de peligro concreto suele ser considerada generalmente como un resultado real-estricto, lo que esta autora en cambio rechaza. Así, en su opinión, serían ejemplos de mera conducta y de peligro concreto la participación en riña (art. 154 CP), el delito de presentación de datos contables falsos (art. 261 CP), la fabricación, manipulación, transporte, etc. de explosivos u otras sustancias peligrosas (art. 348.1 CP) o la denegación de asistencia sanitaria (art. 196 CP).

IV. BIBLIOGRAFÍA[39]

ACALE SÁNCHEZ, María, El **tipo de injusto** en los delitos de mera actividad, Granada, Comares, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, La **tentativa inidónea**: fundamento de punición y configuración del injusto, Granada, Comares, 2000.

— ¿**Lesión** de bien jurídico o lesión de deber?, Barcelona, Atelier, 2003.

ANASTASOPOULOU, Ioanna, **Deliktstypen** zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, München, Beck, 2005.

BARBERO SANTOS, Marino, Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, ADPCP, 1973, pp. 487-498.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, Resultado y delitos de peligro, en: el mismo, Cuestiones penales y criminológicas, Madrid, Reus, 1979, pp. 263-279. También publicado previamente en: RFDUCM, 34-36, 1969, pp. 445-465.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, **Control social** y sistema penal, Barcelona, PPU, 1987.

— Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente, en: Bustos Ramírez (dir.), **Pena y Estado**: función simbólica de la pena, Santiago de Chile, Ed. Jurídica ConoSur, 1995, pp. 101-109.

CEREZO MIR, José, Derecho Penal, **PG**, Buenos Aires, B de f, 2008.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, **Delitos de peligro** y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

FRISCH, Wolfgang, Rechtsgut, Recht, Deliktstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafrechts, en: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (eds.), Die **Rechtsgutstheorie**: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 215-238 = en: Hefendehl, R. (ed.), La teoría del **bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 309-339.

GALLAS, Wilhelm, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriff, en: Festchrift für Bockelmann ("**FS-Bockelmann**"), München, 1979, pp. 155-179.

GORRIZ ROYO, Elena, Protección penal de la **ordenación** del territorio, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis, **Fundamentos** de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Barcelona, Atelier, 2006.

— La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático), RDPCrim, 3, 2010, pp. 27-72.

GRAUL, Eva, **Abstrakte Gefährdungsdelikte** und Präsumtionen im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 69, 1991.

HEFENDEHL, Roland, **Kollektive Rechtsgüter** im Strafrecht, Köln, Carl Heymanns, 2002.

— Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, en: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (eds.), Die **Rechtsgutstheorie**: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 119-132 = El bien jurídico como eje material de la norma penal, Martín Lorenzo, M. (trad.), en: Hefendehl, Roland (ed.), La teoría del **bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 179-196.

[39] En negrita las abreviaturas con las que se han citado las obras a lo largo del texto.

HUERTA TOCILDO, Susana, Sobre el contenido de la **antijuridicidad**, Madrid, Tecnos, 1984.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch** des Strafrechts, AT, 5.ª rev. y ampl., Berlin, Duncker & Humblot, 1996 = **Tratado** de Derecho Penal: Parte General, 5.ª ed., Olmedo Cardenete, M. (trad.), Granada, Comares, 2002.

LAURENZO COPELLO, Patricia, El **resultado** en Derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, (dir.), **EPB**, Granada, Comares, 2002.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, **Lecciones** de Derecho penal: PG, 3.ª ed. ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Derecho Penal Económico y de la Empresa: **PG**, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

MENDOZA BUERGO, Blanca, **Límites** dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Granada, Comares, 2001.

MEZGER, Edmund, **Tratado** de Derecho Penal, I, 2.ª ed., Rodríguez Muñoz, J. A. (trad. y notas), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

MIR PUIG, Santiago, **Función** de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1982.

— Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal, ADPCP, 1994, pp. 5-28.

— Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal, RECPC, 03-06, 2001. Recurso electrónico disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html [consulta: 17-02-2017]

— Derecho penal: **PG**, 10.ª ed., 1.ª reimp. corregida, Barcelona, Reppertor, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, **Antijuridicidad penal** y sistema del delito, Barcelona, Bosch, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal: **PG** [libro electrónico], 9.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015[40].

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana Derecho penal: **PG**, 2.ª ed., Madrid, 1986.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen, Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos, Foro FICP, 2015-3, pp. 115-145.

— **Delitos de peligro** abstracto y bienes jurídicos supraindividuales. Luzón Peña, D.M./Roso Cañadillas, R. (dirs.). Tesis doctoral inédita. Univ. de Alcalá, Facultad de Derecho, 2017.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, **Delitos de peligro**, dolo e imprudencia, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1994; también en Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho Penal, **PG**, Madrid, Civitas, 1978.

ROXIN, Claus, Strafrecht, **AT**, Band **I**, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.ª ed., München, C. H. Beck, 1994 = Derecho Penal, PG, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito (trad. y notas de la 2.ª ed., D.M. Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal trads.), Madrid, Civitas, 1997.

[40] Nótese que la paginación de la edición electrónica, que es la utilizada en el presente trabajo, no se corresponde con la edición impresa.

RUDOLPHI, Hans Joachim, Inhalt und Funktion des Handlungwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, en: Schroeder, F. C./Zipf, H. (eds.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag ("**FS-Maurach**"), Karlsruhe, C. F. Müller, 1972, pp. 51-73.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/ESER, Albin, Strafgesetzbuch Kommentar, con la colaboración de Perron/Sternberg-Lieben/Eisele/Hecker/Kinzig/Bosch/Schuster/Weißer/ Schittenhelm, 29.ª ed., München, Beck, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, **Aproximación** al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, Bosch, 1992; también 2.ª ed. ampliada y actualizada, Montevideo, B de f, 2010.

SOLA RECHE, Esteban, La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, ADPCP, 1994, pp. 167-186.

— La llamada "**tentativa inidónea**" de delito, Granada, Comares, 1996.

SOTO NAVARRO, Susana, La protección penal de los **bienes colectivos** en la sociedad moderna, Granada, Comares, 2003.

STRATENWERTH, Günter, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, en: Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber (eds.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28.Juli 1975 ("**FS-Schaffstein**"), Göttingen, Otto Schwarz, 1975, pp. 177-193.

— Derecho Penal: **PG**, I, El hecho punible, Romero (trad.), Madrid, 1982.

WOLTER, Jürgen, Objektive und personale **Zurechnung** von Verhalten. Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafsystem, Berlin, Dunker & Humblot, 1981.

* * * * * *

Ponencias presentadas en el XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá[1]

Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Vigo. Presidente de honor de la FICP.

~La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa frente a la representación de la justificación: un criterio para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto[2]~

El título de la presente publicación, cuyo contenido se expone aquí de forma resumida, constituye una de las partes de la ponencia que presenté en el XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, organizado por el Área de Derecho Penal y la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), 1-2 de junio de 2017, bajo el título "El consentimiento presunto y su relevancia especial en el marco de la ampliación de una intervención quirúrgica". En dicha ponencia abordé también, entre otros, los siguientes aspectos, respecto de los cuales sintetizo los siguientes con sus correspondientes conclusiones.

I. ALGUNOS ASPECTOS ESENCIALES DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO Y SU RELEVANCIA ESPECIAL EN EL MARCO DE LA AMPLIACIÓN DE UNA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA

1. En términos muy generales se entiende a estos efectos por consentimiento presunto el que, respecto de un paciente que no pudo manifestar su consentimiento sobre la ampliación imprevista de una intervención, se presume existente por el médico si aquél hubiese tenido un completo conocimiento de la situación. Debe diferenciarse del denominado consentimiento hipotético, figura ésta importada del Derecho civil y muy controvertida en la doctrina penal. La situación se asemeja a la del consentimiento

[1] Seminario celebrado los días 1 y 2 de junio de 2017 en la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares y coorganizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña). A continuación se publican en primer lugar aquellas ponencias cuyo texto está completo y en segundo lugar aquellas de las que solo consta un resumen.

[2] Este trabajo se ha elaborado dentro de los proyectos de investigación "Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados (II)" (Referencia: DER2014-58546-R, Ministerio de Economía y Competitividad), del que es investigador principal el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña y "Principios y garantías penales: sectores de riesgo" (MINECO, DER2016-76715-R) del que es investigador principal el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo.

presunto en cuanto ambas figuras contemplan el supuesto de que el paciente habría consentido si hubiese tenido un completo conocimiento de la situación. Pero se trata de casos diferentes. En el consentimiento hipotético –a diferencia de en el presunto- existe un oportuno consentimiento manifestado, pero previamente el paciente no fue correcta o adecuadamente informado acerca de la intervención programada.

Son numerosos los casos en que la jurisprudencia ha abordado supuestos de consentimiento presunto. Algunos de ellos, que se retomarán como ejemplos posteriormente, son los siguientes:

> Caso del Mioma: el médico diagnosticó a la paciente que tenía sobre el útero un mioma de gran tamaño, que debía ser extraído y para lo cual la paciente manifestó su consentimiento. Durante la operación se comprobó, sin embargo, que el mioma estaba tan adherido al útero que no podía extraerse sin extirpar el útero.
>
> Caso de la vesícula biliar: el médico amplió la operación al paciente para extirparle la vesícula biliar, para lo cual el paciente no había prestado su consentimiento, pues en la fase preoperatoria no se había diagnosticado ninguna anomalía en ella, que sólo se detectó durante la intervención.
>
> Caso de la Cesárea: debido a una fuerte adherencia del útero con la pared abdominal y la vejiga como consecuencia de dos cesáreas anteriores, los médicos tuvieron que practicar a la paciente un corte en el útero que en caso de un embarazo posterior podría provocar peligro de muerte para la madre y para el niño. Por eso decidieron practicarle además una ligadura de trompas para evitar embarazos. La paciente había manifestado su consentimiento para la práctica de la cesárea, pero no para la ligadura de trompas.
>
> Caso de la ligadura de trompas en contra de la voluntad expresa de la paciente: cuando iba a ser atendida de parto, el doctor preguntó a la paciente en el pasillo previo al quirófano si aprovechaba la operación para efectuarle una ligadura de las trompas para evitar más embarazos, porque podían ser peligrosos para la vida de la madre. La paciente respondió que no. Pero aun así el médico se la practicó durante la intervención. La paciente, al despertarse de la anestesia se encontró con el hecho consumado de que era estéril en contra de su voluntad.

2. Algunas precisiones terminológicas: la doctrina y la jurisprudencia suelen denominar consentimiento real al consentimiento manifestado, para diferenciarlo del consentimiento presunto. Aunque aquella denominación es correcta en cuanto se entienda fundada en hechos (muy clara en la expresión alemana *tatsächliche Einwilligung)*, considero preferible a estos efectos utilizar en nuestro Derecho la expresión consentimiento manifestado (expresa o tácitamente) en lugar de consentimiento real, para evitar la posibilidad de entender que sólo el consentimiento manifestado (y no el presunto) se identifica con el auténtico, eficaz, o jurídicamente válido, cuando en realidad tanto el uno como el otro pueden tener el mismo carácter.

Por otra parte deben distinguirse los conceptos voluntad presunta y voluntad real. La expresión voluntad presunta (del paciente) significa la presumida por el médico en concreto respecto de la ampliación de la intervención para la cual no alcanza el consentimiento manifestado por el paciente. La voluntad real se refiere, sin embargo, a la voluntad del paciente determinada por un criterio objetivo ex ante, en el momento de la ampliación de la intervención quirúrgica. Ambas son asimismo diferenciables de la manifestación posterior del paciente (recuperada la consciencia), que puede ser de oposición a dicha ampliación realizada por el médico, pero que será irrelevante si el consentimiento presunto se apreció correctamente.

Es preciso asimismo diferenciar el concepto ampliación de una intervención respecto de las complicaciones que la operación puede acarrear. Mientras éstas son circunstancias estrecha o inmediatamente unidas a la propia intervención -con las que se puede contar y prever su control, y que normalmente resultan cubiertas por el consentimiento del paciente como riesgos inherentes o propios a la operación-, la ampliación de una intervención significa la alteración del plan inicialmente previsto, originando una intervención esencialmente distinta en su naturaleza y extensión a la planeada, o un método distinto al previsto, que excede el límite del consentimiento manifestado por el paciente y en esa medida constituye una ingerencia o agresión intolerables en la integridad corporal del paciente en su derecho de autodeterminación.

3. En estrecha relación con lo anterior se parte aquí de la base de que las intervenciones quirúrgicas, incluso las de resultado positivo, realizan el tipo positivo de lesiones en cuanto suponen un menoscabo, médicamente necesario, de la integridad corporal del paciente y por tanto del bien jurídico: y por eso requieren del consentimiento eficaz del paciente para –según los casos- justificar la acción médica o dar lugar a una causa de exclusión ya del tipo indiciario por adecuación social y jurídica de la intervención. Es al cirujano, como especialista, a quien compete la decisión desde el punto de vista médico, pero la última palabra corresponde al paciente, que es quien tiene que vivir con las consecuencias de la decisión.

4. El consentimiento del paciente es lo decisivo en todas las que podrían denominarse líneas directrices o reglas de oro aplicables a los diferentes supuestos, que en resumen responden al principio general de que cuanto más urgente es la ampliación de la intervención y más clara se revela contraindicada la interrupción de la operación, tanto menos arriesgada es la presunción de consentimiento. Y en caso de indicaciones

vitales lo normal es que la ampliación de la intervención resulte justificada. Todo ello implica, en consecuencia, y en virtud del carácter subsidiario del consentimiento presunto frente al manifestado, que cuando la intervención puede ser postergada y con ello se abre la posibilidad de informar y consultar al paciente, el consentimiento presunto no puede actuar como causa de justificación. Es inadmisible correr el riesgo de interpretar equivocadamente la voluntad real del paciente cuando es posible recabarla directamente de él.

5. En lo que se refiere a la naturaleza jurídica y la ubicación sistemática del consentimiento presunto, en la doctrina (sobre todo en la alemana) es prácticamente unánime -e incluso en algún caso considerada incuestionable- la opinión de que el consentimiento presunto eficaz (a diferencia del manifestado) siempre y sólo es causa de justificación, y por tanto no de exclusión ya del tipo. Pero esta posición es cuestionable. La presunción del consentimiento no prejuzga su naturaleza. Pues al consentimiento presunto le corresponde la misma eficacia jurídica que al ejercicio del derecho de autodeterminación mediante el consentimiento manifestado. La naturaleza jurídica y por tanto la ubicación sistemática del consentimiento presunto respecto del hecho que constituye la ampliación de una intervención quirúrgica no tiene por qué ser diferente de la que corresponde al consentimiento manifestado por el paciente en relación con el hecho realizado de acuerdo con la intervención prevista. Sobre la base de la concepción tripartita de *Luzón Peña*, que considero la correcta, tanto el consentimiento manifestado como el presunto pueden ser causa de atipicidad (por exclusión ya, de entrada, del tipo indiciario y por tanto por ausencia ya de cualquier clase de ilícito), causa de justificación y causa de exclusión sólo de la tipicidad penal. Ahora bien, habida cuenta de que en los casos de ampliación de una intervención quirúrgica tanto el consentimiento manifestado con anterioridad a la misma (respecto de la intervención prevista) como el presunto (respecto de la ampliación) constituyen prácticamente siempre supuestos de consentimiento jurídicamente válido, ambas clases de consentimiento excluyen siempre la antijuridicidad, bien sea por la vía de exclusión de antemano del tipo indiciario, o bien por la vía de la justificación. Pero sea como fuere, tanto si se trata de casos de atipicidad como de justificación, el fundamento de la exclusión de responsabilidad por consentimiento presunto en la ampliación de una intervención quirúrgica radica en el interés preponderante del ordenamiento jurídico en

salvaguardar la libre voluntad del paciente pese a que se vea afectado un bien jurídico suyo disponible.

Por otra parte, frente al argumento a veces esgrimido por la doctrina de que sólo el consentimiento manifestado es expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico, lo cierto es que dicha expresión concurre también en el consentimiento presunto, aunque de forma silente y presunta, en virtud de la coincidencia de la presunción subjetiva, por el médico, de la voluntad del paciente con la objetivamente determinada, esto es, con su voluntad real en el momento de la intervención.

6. Es controvertida en la doctrina la delimitación del consentimiento presunto respecto de otras causas de justificación, sobre todo del riesgo permitido y del estado de necesidad. Pero frente a ellas aquél afirma su autonomía.

Frente a la opinión de que, en el ámbito quirúrgico, la ampliación de una intervención quirúrgica puede estar justificada por estado de necesidad porque en ella –se afirma- existe la situación de conflicto requerida por dicha causa de justificación que debe resolverse sobre la base de una ponderación de intereses, hay que objetar que en dichos casos de ampliación de una intervención quirúrgica la justificación no depende de una ponderación objetiva de intereses, sino de la presunción, por parte del médico, de la voluntad hipotética del paciente de que éste consentiría si tuviese un completo conocimiento del alcance de la ampliación de la intervención . Lo determinante no es sólo la consecución de lo más favorable o indicado para el paciente desde el punto de vista médico (en el caso de la cesárea, la esterilización ante el grave peligro que entrañaría un nuevo embarazo), sino también el cumplimiento de lo que éste habría querido aunque fuera algo no razonable (asumir el riesgo por nuevos embarazos o buscar otra forma de evitarlos). En la ampliación de una intervención quirúrgica se plantea, ciertamente, una ponderación de bienes e intereses próxima al estado de necesidad en la forma de auxilio necesario. Pero no se da la situación de conflicto que éste requiere para su posible aplicación. Pues en el consentimiento presunto los intereses concurrentes (vida/salud frente a derecho de autodeterminación) corresponden al mismo portador del bien jurídico y la voluntad del paciente siempre tiene carácter preferente y determinante. Por lo tanto, la ponderación objetiva de intereses, esencial para el estado de necesidad, no tiene un significado autónomo, sino que puede ser utilizada a lo sumo como medio de ayuda para la averiguación de la voluntad hipotética cuando no existan circunstancias concretas que permitan reconocer la voluntad del

afectado. Pero en ningún caso puede ser el objeto de la ponderación. Debe reconocerse de todos modos que el consentimiento presunto está próximo al estado de necesidad porque la hipotética voluntad del paciente coincidirá en muchos casos con el resultado de una ponderación objetiva de intereses. Por ejemplo, las consecuencias añadidas, psíquicas o físicas, que implicaría una segunda intervención pueden ser un punto de referencia para presumir el consentimiento del paciente en la ampliación de la ya iniciada, pero esto, por sí solo, no es determinante a esos efectos. Por otra parte, cuando se trata de vida o muerte, el médico no necesita hacer muchas conjeturas con el consentimiento, pues debe partir del principio *in dubio pro vita*, presumiendo la voluntad del paciente en conservar su vida, salvo que existan referencias concretas, claras e indudables de apoyo en contra.

7. Una cuestión discutida en la doctrina y de gran relevancia práctica es la de si el examen conforme a deber es presupuesto de la justificación por consentimiento presunto La relevancia práctica es clara e importante. Pues si suponemos, por ejemplo, que en el caso del mioma, el médico, aun habiendo realizado un examen a la ligera de la situación de justificación, decide extirpar el útero porque cree que concurre el consentimiento presunto de la paciente, y dicha decisión, aun así tomada, coincide con la determinada objetivamente, esto es, con la voluntad real de la paciente en el momento de la intervención, quienes consideran el examen conforme a deber como presupuesto de justificación por consentimiento presunto castigarían al médico por delito consumado de mutilaciones, cuando en realidad lo que procede es la impunidad porque en la extirpación del útero falta tanto un desvalor del resultado como un desvalor doloso de la acción.

Esto es muestra suficiente para rechazar que el examen conforme a deber haya de ser considerado presupuesto de la justificación por consentimiento presunto. Sin embargo, el examen conforme a deber juega un papel muy relevante en la representación subjetiva y objetiva de la situación de justificación: toda ampliación de la intervención realizada por el médico con un examen previo, conforme a deber, de las circunstancias que fundamentan la justificación implica necesariamente la coincidencia con la voluntad real del paciente. Nunca puede concurrir un error de tipo. Y, sensu contrario, en todos los casos de error sobre los presupuestos de la justificación el médico realiza la ampliación de la intervención sin un examen previo conforme a deber. Sin embargo, la ampliación de una intervención realizada por el médico sin un examen

previo, conforme a deber, de las circunstancias que fundamentan la justificación no implica necesariamente que dicha ampliación no coincida con la voluntad real del paciente, pues puede coincidir con ella a pesar de todo.

II. LA REPRESENTACIÓN SUBJETIVA DEL HECHO TÍPICO EN LA TENTATIVA FRENTE A LA REPRESENTACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN EN EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

La representación subjetiva de la justificación es en buena medida semejante, pero a la inversa, a la que se plantea en la representación subjetiva del hecho típico en la tentativa. En el primer caso es preciso que concurra para que el hecho pueda resultar plenamente justificado. En el segundo es una exigencia para que pueda castigarse como tentativa.

Toda tentativa exige una decisión o resolución de actuar dirigida a la consumación del delito, esto es, dolosa. Lo cual implica a su vez la necesidad de representación del hecho por el sujeto; es decir, que materialice su decisión con el conocimiento de realizar los elementos que constituyen la parte objetiva del tipo. En consecuencia, la representación del hecho típico incluye por definición la exigencia de dolo. Paralelamente, toda justificación (plena) de un hecho requiere una decisión o resolución de actuar basada y dirigida a realizar un hecho permitido por el Derecho, esto es, justificado. La justificación (plena) de un hecho exige –además de su justificación objetivamente- su justificación subjetivamente, lo cual requiere la representación de la situación de justificación por el sujeto; es decir, que adopte su decisión con el conocimiento de que –según su representación- el hecho que va a realizar está permitido por el Derecho. En consecuencia, toda representación subjetiva de la justificación que se determina existente conforme a un criterio objetivo excluye por definición que haya dolo. Y, *sensu contrario*, existe dolo cuando la representación subjetiva de la justificación se determina inexistente conforme a un criterio objetivo. Quien no examina en absoluto las circunstancias justificantes no puede, conforme a dicho criterio, habérselas representado en concreto; y por ello no actúa sin dolo.

En la tentativa –exceptuando los específicos elementos subjetivos del injusto o del tipo, requeridos sólo en algunos delitos- el dolo no requiere, a mayores de sus elementos constitutivos, otras circunstancias anímicas o móviles, que pueden operar a lo sumo

como agravantes o atenuantes. Y lo mismo rige para la justificación. Basta con que el sujeto actúe con la representación subjetiva del hecho objetivamente justificado, sin exigirse, además, que lo haga con o por la finalidad de justificación, y sin que ésta pueda resultar excluida por la concurrencia de determinados móviles. Pues la actuación con el conocimiento de realizar algo conforme a Derecho elimina ya el desvalor de la acción y por tanto el injusto. En el caso del mioma, la justificación de la esterilización no puede resultar excluida aunque al médico celoso le guíe una cierta venganza al practicársela a la paciente que fue antigua novia suya, impidiendo de esta forma que pueda tener hijos con otro.

Finalmente, al igual que la tentativa puede cometerse con todas las clases de dolo, también en la representación subjetiva de la justificación pueden distinguirse supuestos de dolo directo de primer grado, de segundo grado, y de dolo eventual. Para analizarlo nos serviremos -sobre la base de algunos de los casos expuestos- de unos ejemplos adaptados al efecto.

Ejemplo 1: Retomamos el caso en que el médico lleva a cabo la esterilización de la paciente con el conocimiento de que ésta se había opuesto expresamente a ello antes de la intervención y con la convicción de que no consentiría, porque sabía, y así fue, que en la intervención no aparecería ningún dato nuevo relevante al respecto.

Tanto desde la perspectiva exclusivamente subjetiva como conforme a un criterio objetivo el médico cree y quiere realizar un hecho que no está permitido por el Derecho, con pleno conocimiento de los elementos objetivos que requiere el tipo. Cuando resulta probado –como sería aquí el caso- que lo que el médico se representa en la realización del hecho es precisamente la no concurrencia de la situación de justificación, la consecuencia no puede ser otra que la de apreciar dolo directo de primer grado.

Ejemplo 2: El médico lleva acabo la extirpación de útero sin plantearse, o sin importarle lo más mínimo, si la mujer consentiría o no en ello, y por eso no examina en absoluto esta cuestión.

Desde una valoración objetiva, el médico (por mucho que alegara lo contrario) no se representa la situación de justificación. Actúa sin plantearse en absoluto si lo que va a realizar está permitido o prohibido por el Derecho. En la no representación de la situación de justificación se excluye, por definición, la posibilidad de que en la mente el sujeto quepa error alguno sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de la

justificación. Y por lo tanto no es posible apreciar un error de tipo permisivo. (Ello no impide, sin embargo, que quepa, en su caso, apreciar un error de permisión por estimar el médico que concurre una causa de justificación inexistente o por extender demasiado los límites de una existente, como sucede, por ejemplo, en el citado caso de la cesárea).

La actuación del médico es dolosa. Si bien cabría afirmar, aunque es discutible, que no existe dolo directo de primer grado -pues la intención de cometer un delito no es lo que prevalece en su acción- concurre por encima del dolo eventual, al que no es preciso recurrir, dolo directo de segundo grado. Pues actuar sin representarse la situación de justificación conlleva como consecuencia necesaria la realización del hecho típico.

Cuestión distinta es –pero no sólo en éste, sino en todos los demás supuestos- si el hecho realizado no es realmente un delito por estar objetivamente justificado. En cuyo caso el médico sólo "ha intentado" consumar un delito de imposible consumación: tentativa inidónea.

Ejemplo 3: El médico lleva acabo la extirpación de útero porque cree que concurre el consentimiento presunto de la paciente, pero extrae esa conclusión tras realizar al respecto un examen a la ligera.

Desde su perspectiva, subjetiva, el médico se representa, como existente, la situación de justificación. Cree y quiere actuar de acuerdo con el Derecho. Y desde su perspectiva descarta la posibilidad de equivocarse sobre la concurrencia de dicha situación de justificación. Sin embargo, conforme a un criterio objetivo, quien realiza el hecho tras examinar a la ligera la situación de justificación se representa sólo eventualmente, sólo como posiblemente existente, la situación de justificación. En el médico cabe en principio tanto la posibilidad de equivocarse como la de acertar en la representación de los presupuestos de justificación, de lo que se derivan consecuencias muy diferentes. Si yerra en la representación de un hecho en el que realmente, objetivamente, no concurre la situación de justificación (cree equivocadamente que la paciente consentía en la extirpación del útero), responde por un delito imprudente (pues hay desvalor de acción) y consumado (porque existe desvalor del resultado). Por el contrario, si aun basada en un examen a la ligera (y por tanto no conforme a deber) la representación subjetiva de la justificación por parte del médico coincide con la situación de justificación objetivamente determinada, el hecho es impune. Falta el desvalor del resultado porque éste es objetivamente correcto. Y como la finalidad del

sujeto –que era la de creer y querer actuar de acuerdo con el Derecho- coincide real y efectivamente con los mandatos del Derecho, falta también el desvalor doloso de acción. Estaríamos ante una suerte o especie de tentativa imprudente, que no está penada.

III. CONCLUSIONES Y SU APLICACIÓN A LOS CASOS EXPUESTOS

Para concluir, veamos todo lo anterior aplicado en síntesis a los casos planteados al principio con sus correspondientes hipótesis.

Descartamos, por aproblemáticas, las hipótesis de coincidencia entre la representación subjetiva y objetiva de la situación de justificación, pues en ellas es indiscutible que la ampliación de la intervención está justificada o se excluye ya de entrada la tipicidad. Por lo demás son afortunadamente las más normales o habituales. Asimismo no plantean mayores dificultades los casos en que claramente falta el elemento subjetivo de justificación. Como hemos visto, en el caso del médico que practica la ligadura de trompas incluso representándose la no justificación de la conducta, si el hecho –como parece evidente- no está objetivamente justificado, el médico responderá por delito doloso consumado de mutilaciones (con una pena prisión de seis a 12 años). Y si estuviese objetivamente justificado –lo cual sería asombroso, rozando en lo irreal- habría que apreciar tentativa inidónea de mutilaciones (castigada con pena de prisión de tres a seis años, o de uno a tres años). La misma responsabilidad correspondería en ambas hipótesis si en el caso del mioma el médico practica la extirpación de útero sin representarse la situación de justificación, tras no haberla examinado en absoluto o mínimamente. El tratamiento diferenciado, de mayor respuesta punitiva, que parece merecer el primer caso respecto del segundo, sólo podría valorarse en el marco penal previsto para el delito consumado, o en la rebaja en uno o dos grados, en el caso de tentativa inidónea.

Los casos de mayor interés, y por supuesto los más discutidos, son los que plantean la posibilidad de concurrencia de error sobre los presupuestos de la justificación. A saber, aquellos en que el médico cree, erróneamente, que en la ampliación de la intervención concurría la voluntad real de paciente en el momento de la intervención. Si bien esto no es problemático para la teoría del dolo o para la teoría estricta de la culpabilidad, sí lo es, sin embargo, para teoría restringida de la culpabilidad, que es la correcta por cuanto en el error sobre las causas de justificación distingue entre error de tipo y error de prohibición.

Y esto se ve claramente en los casos de la vesícula biliar y de la cesárea.

En el primero de ellos, acertadamente, el tribunal (Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, vom 2. Februar 2015, n. 28, p. 4) rechaza la posibilidad de invocar el consentimiento presunto como causa de justificación por cuanto no existía un peligro considerable para la vida o para la salud. El médico era consciente de la ausencia de urgencia y necesidad en la extirpación de la vesícula. Y asimismo niega la posibilidad de apreciar un error de tipo permisivo. Desde el punto de vista subjetivo el médico no partía de la base de que la extirpación de la vesícula no podía tolerar retraso alguno, ni de que posponer su extirpación implicaría importantes riesgos para la salud o inconvenientes significativos para la salud del paciente. Sí procede, sin embargo, apreciar un error vencible de prohibición, basado en que el médico actuó interpretando erróneamente el alcance de la justificación por consentimiento presunto.

La problemática es similar en el caso de la cesárea, respecto del cual existen opiniones discrepantes acerca de si en él concurre un error de tipo o un error de prohibición. Frente a la opinión del tribunal (BGHSt 35, 246), que aprecia un error de tipo, es más acertada, como entiende un relevante sector de la doctrina (entre otros, *Roxin*, FS-Welzel, 1974, 458 ss.), la apreciación de un error de prohibición. Sobre la base de la teoría restringida de la culpabilidad no concurre un error de tipo porque no se equivocan sobre el presupuesto fáctico. Los médicos no creen que para practicar la añadida esterilización ya no era posible consultar a la mujer (lo cual, de creerlo, sí sería un error de tipo), sino que consideran que no era necesario porque la esterilización practicada en esas circunstancias estaría en cualquier caso justificada. Considerarlo un error de tipo supondría extender demasiado los límites del consentimiento presunto. Por el contrario sí existe un error de permisión (o desde otra perspectiva, un error de prohibición) que deja intacto el dolo y sólo afecta a la culpabilidad. Más concretamente, el error de permisión que concurre en este caso no es el que consiste en invocar una causa de justificación absolutamente inexistente, sino en extender demasiado los límites de una causa de justificación existente. Pues el consentimiento presunto, que se invoca, sobrepasa sus límites: la esterilización sólo podría resultar justificada por consentimiento presunto –en virtud de su carácter subsidiario- cuando no hubiera sido posible consultar a la paciente. Debe advertirse que si bien es cierto que un peligro poco importante o considerable excluye de antemano el consentimiento presunto, también lo es que no cabe invocar dicho consentimiento ante un peligro incluso importante o

considerable si la operación también puede llevarse a cabo posteriormente tras informar y consultar al paciente. Y es lo que sucede en el presente caso. En consecuencia, aplicando el CP español, los médicos responderían por delito doloso consumado de mutilaciones (art. 149: pena de prisión seis a doce años), con aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, si, como parece lo más correcto, el error fuera vencible.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal. Univ. de León. Patrono de la FICP.
Director de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales

~¿Autoría mediata a través de aparatos organizados (u organizativos) de poder?~

I. INTRODUCCIÓN

En relación con la brillante concepción roxiniana de la autoría, son conocidos bastantes de mis coincidencias y desacuerdos, en un debate de años con mi maestro alemán, CLAUS ROXIN. En materia de autoría mediata, mi acuerdo con ROXIN es muy amplio. Sin embargo, una de sus más famosas aportaciones en este ámbito, la de la llamada autoría mediata a través de aparatos organizados (o, traduciendo más literalmente de la denominación alemana, organizativos) de poder, me ha suscitado siempre dudas.

II. LA IDEA CENTRAL

ROXIN publicó por primera vez su idea en un artículo en 1963, al hilo del caso Eichmann, y luego la incluyó ese mismo año en su magna obra Täterschaft und Tatherrschaft (hoy en su 9ª ed. alemana, de 2015, con traducción española de CUELLO CONTRETRAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, en 2016). En el aparato criminal estatal nazi, al igual que en otros, pero también en diversas organizaciones criminales no estatales, resultaría que, sin necesidad de coaccionar o engañar a nadie (formas, digamos, "clásicas" de autoría mediata), sin siquiera conocer o contactar personalmente con el ejecutor, un sujeto con mando o poder directivo podría dar una orden o instrucción de realizar un hecho constitutivo de delito y contar sin más con se llevara a cabo, pues la propia organización, estructura y funcionamiento del aparato criminal, en el que los ejecutores serían fungibles, sustituibles o reemplazables, garantizaría la ejecución por uno u otro sujeto, con lo que al que da la orden o instrucción hay que calificarlo de autor mediato. No entro a discutir la realidad presupuestos propios de la construcción, como la referencia a la ausencia de coacción o engaño.

III. LOS ELEMENTOS DEL DOMINIO DEL HECHO Y LA AUTORÍA MEDIATA EN EL SUPUESTO ESTUDIADO

Resumidamente, los elementos que, según ROXIN, caracterizan este supuesto y fundamentan el dominio del hecho y la autoría mediata en él, serían, además del

carácter inequívocamente criminal de la organización, la existencia de esta y el dominio del sujeto sobre ella y la fungibilidad o reemplazabilidad o sustituibilidad de los ejecutores, que, como ha precisado ROXIN posteriormente, poseerían un alto grado de proclividad o disposición a realizar el hecho (no discutiré aquí si este último requisito supone algo diferente a los otros, como sostienen algunos autores, que le conceden especial relevancia –a veces hasta el punto de restársela a los otros elementos-, o es una consecuencia de los otros, como viene a sugerir el mismo ROXIN).

IV. PRIMERA VALORACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN

No cabe duda de que la construcción roxiniana resulta absolutamente original y brillante. ROXIN vislumbró, como nadie había hecho antes, lo peculiar de esta constelación de casos frente a los "clásicos" de autoría mediata y los habituales de inducción.

Pero, además, como ha subrayado MUÑOZ CONDE, fue político-criminalmente valiente, al postular por esta vía el tratamiento como autores de miembros del aparato criminal nacionalsocialista que los tribunales alemanes calificaban habitualmente de cómplices, en virtud de las teorías subjetivas, con la consiguiente rebaja obligatoria de penas

V. EL ÉXITO INTERNACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN

La idea de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder fue ganando adeptos en la doctrina, primero en la alemana, pero después también en la de otros muchos países.

Pero no se quedó en eso, sino que (con mayor o menor acierto) ha sido utilizada por los tribunales de numerosos países, a menudo en juicios célebres. El primero, a mediados de los años ochenta del pasado siglo, fue el relacionado con la condena de distintos integrantes de las Juntas Militares que habían cometido crímenes durante la dictadura que años antes habían impuesto en Argentina (si bien, finalmente se les condenó como cooperadores necesarios, es decir, como partícipes equiparados en pena a los autores en el CP argentino –figura que existe también en otros CP, como el español, pero no en el alemán). Después, en la propia Alemania en los procesos a jerarcas de la antigua RDA por crímenes de su época, como las órdenes de disparos en el muro de Berlín). O, en Perú, tanto en el proceso contra Abimael Guzmán, líder de la organización terrorista Sendero Luminoso, como en el que acabó con la condena del

expresidente del autogolpe, Alberto Fujimori. O, por no alargar la relación, en diversos casos de paramilitarismo en Colombia, si bien, en estos o en los relativos a actos criminales de las guerrillas, la construcción convive con la apelación a la llamada "coautoría impropia", que se relaciona con el criterio también roxiniano del dominio funcional del hecho como caracterizador de la coautoría (traducido con mayor o menor acierto en la práctica). Tal vez por las características de ETA, en España no se utilizó la construcción en el enjuiciamiento de crímenes de esta organización terrorista, pero la jurisprudencia la ha admitido a raíz de los procesos derivados de los atentados del 11-M de 2004 en Madrid.

VI. EL "SALTO" DE LA CONSTRUCCIÓN A LAS ORGANIZACIONES "LEGALES", EN PARTICULAR A LAS EMPRESAS

Tanto ha sido el éxito de la idea de ROXIN que un sector minoritario, aunque amplio y seguramente creciente, de la doctrina ha creído ver en él una posible herramienta para la atribución de la autoría mediata a los directivos en supuestos de delincuencia empresarial. E incluso se atisba la idea en algunas sentencias alemanas.

VII. ALGUNAS CRÍTICAS (INCORRECTAS Y SUPERABLES)

Algunas de las críticas a que se ha sometido a la construcción de ROXIN son desacertadas, como, por ejemplo, la que señala que en algunos aparatos de poder se requiere la intervención de especialistas, que no serían sustituibles o fungibles, por tanto. Parece claro que la crítica no acierta, pues la falta de fungibilidad hace precisamente que estos supuestos queden fuera del alcance de la construcción, como señala el propio ROXIN. Algo similar sucede con la objeción de que quien da la instrucción no siempre puede estar seguro de que se cumplirá. Ello significaría que no siempre se dan los requisitos de la construcción.

Otras críticas pueden tener más fundamento, como, por ejemplo, la que apunta que en esta constelación de casos el hecho no se realiza a través de o por medio de "otro" (otra persona), como literalmente exigen códigos penales como el alemán o el español, sino que aquí el instrumento no sería otra persona, sino el aparato de poder. Creo que la crítica puede superarse por diversas vías, por ejemplo, señalando que el aparato está compuesto por personas ("otros") y, por lo tanto, en definitiva el hecho se realiza a través de otro. O la que apunta a que, cuando un eslabón del aparato sustituye a otro, el hecho ya no es el mismo. Ciertamente el hecho no es el mismo en su ejecución,

pero es el mismo proceso y el mismo hecho de, por ejemplo, matar en el sujeto de atrás que, se supone, domina así el funcionamiento del aparato.

En mi opinión, la cuestión central no es si puede haber un autor responsable detrás del autor responsable, cosa que me parece posible en diversos supuestos, sino si admitimos una autoría en que el sujeto de delante no solo es responsable, sino absolutamente libre y consciente.

VIII. LA CONSTRUCCIÓN DE ROXIN NO ES APLICABLES EN LAS ORGANIZACIONES "LEGALES"

Estoy plenamente de acuerdo con ROXIN en que su brillante construcción no es aplicable, como pretende el sector minoritario antes citado, en el caso de organizaciones no netamente criminales, sino que normalmente operan dentro de la ley, como las empresas (siempre, naturalmente, que estas no sean una mera tapadera de organizaciones criminales), puesto que en ellas, aparte de faltar a veces el propio carácter de aparato organizado de poder o la fungibilidad de los ejecutores, no cabe esperar que las instrucciones delictivas de sus directivos se cumplan sin más sin coacción ni engaño, sino que precisamente se ha de esperar lo contrario (como se confirma incluso en el supuesto de alguna resolución judicial que parece hacer uso de la idea).

Otra cosa es si la propia organización de las empresas, con determinadas peculiaridades (algo similar a la coacción por, por ejemplo, la posible pérdida de empleo, la más completa visión de la situación por los superiores, un mínimo grado de fungibilidad, algunos mecanismos de fidelización a la empresa, etc.), ninguna de las cuales fundamentaría por sí sola la autoría mediata de "los de arriba", pueden hacerlo por su conjunción, cuestión que he sugerido alguna vez y que no puede ser discutida aquí.

IX. NO SE PUEDEN DESCARTAR OTRAS FUNDAMENTACIONES DE LA AUTORÍA O LA PARTICIPACIÓN EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Al margen de la construcción de ROXIN, en las estructuras que define, puede haber configuraciones que conduzcan por otras vías a la calificación de quien da la instrucción como autor mediato, coautor, autor yuxtapuesto (o accesorio o paralelo) o partícipe de alguna clase. En particular, no me parece argumento suficiente para rechazar de plano

supuestos de coautoría la apelación a la falta de plan y ejecución común o al carácter horizontal de la coautoría.

X. NO TODO VALE PARA CASTIGAR COMO AUTOR AL SUPERIOR, TAMPOCO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Aunque no es posible analizar las aproximaciones del Derecho positivo penal internacional o de algunos países a la construcción de ROXIN, a veces razonables, se debe subrayar que no tiene sentido ni vale cualquier argumentación para calificar a toda costa de autores a los "superiores". Un ejemplo particularmente rechazable me parece que lo ofrece en la construcción llamada de la empresa criminal conjunta o común (*Joint Criminal Enterprise*), afortunadamente en declive y que recuerda a las peores versiones de la antigua teoría del acuerdo previo del Tribunal Supremo español, superada (aunque su espíritu siga asomando a veces tras la apelación a otras fórmulas).

XI. LAS DUDAS: ENTRE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

Como ya he señalado, la construcción de ROXIN que se discute es, en todo caso, un gran hallazgo (con una trascendencia político-criminal muy notable cuando se formuló, como expliqué más arriba) de otros de incitación a hechos delictivos constitutivos (según la concepción al uso) de inducción: en los que describe ROXIN el sujeto no tiene que realizar el más mínimo esfuerzo de convicción sobre el ejecutor, al que no precisa siquiera conocer o contactar, para que se realice el hecho delictivo; su esfuerzo es incluso menor que en muchos otros supuestos de coacción o engaño, clásicos de autoría mediata. Ello apunta sin duda a la autoría (mediata) del sujeto de atrás (añadida a la inmediata del ejecutor): ¿qué mayor dominio del hecho que "mover la palanca" o "chasquear los dedos" y poder contar con la realización del hecho por el (por uno u otro) ejecutor?

Sin embargo, el supuesto se distingue de otros más evidentes o clásicos de autoría mediata en que el ejecutor es plenamente libre, vidente y responsable. Al contrario que incluso en otros supuestos de autor tras el autor, no hay déficits de ninguna clase en él. El sujeto de delante es totalmente libre, vidente y responsable, individualmente considerado, un autor idéntico al de los supuestos habituales de inducción (u otra forma de participación) y diferente al sujeto de delante de los casos menos discutidos de autoría mediata.

Es decir, mirado desde el sujeto de atrás, el caso parece de autoría mediata. Visto desde el concreto sujeto de delante, recuerda a la participación.

XII. MI OPCIÓN POR LA PARTICIPACIÓN

Ante esta duda, sin pretender cerrar para siempre la cuestión y no pudiendo encontrar otra fundamentación general (es decir, no solo válida para algunos casos) distinta para la autoría del sujeto de atrás, en una ponderación valorativa creo que es preferible optar por la calificación del sujeto de atrás como inductor (u otra clase de partícipe). Desde una perspectiva combinatoria de elementos ontológicos y psicológicos con otros normativos, que me parece preferible, todas las formas de aparición de la autoría mediata poseen un fundamento: los déficits de libertad y conocimiento del sujeto de delante respecto de los del de detrás. Y, para distinguir plenamente la autoría mediata de la inducción y otras formas de participación, creo que es conveniente –pensando también en la aplicación de las figuras en la práctica- no introducir una forma nueva de autoría mediata que rompa con ese fundamento común.

Ello puede dejar un poso de insatisfacción en atención a la contemplación desde el sujeto de atrás a que antes aludí y que apuntaría a la autoría. Pero, por un lado, podemos encontrar supuestos fuera de organizaciones en que un sujeto puede contar, sin necesidad de coacción, amenaza o engaño, con la consecución (o, al menos, el intento) de sus planes por un tercero, sin que normalmente se plantee la autoría mediata del primero. Piénsese en quien, en un ambiente claramente criminal o de delincuencia habitual, saca una cantidad dinero con la pretensión de que alguien de ese ambiente cometa un hecho criminal, especialmente si este no es muy grave ("dar un susto"), e incluso, según las circunstancias de lugar y tiempo, si es grave. Los autores que (en una senda abierta por F.-CH. SCHROEDER) acentúan la importancia fundamental de la evidente disposición o proclividad a ejecutar el hecho por parte del sujeto de delante, hasta el punto de restar relevancia a la organización y a la fungibilidad del instrumento, muestran probablemente un alto grado de coherencia si admiten la autoría mediata del sujeto de atrás también en estos supuestos, pero, además de abandonar en realidad la posición roxiniana, producen una ampliación aún mayor de la autoría mediata que, en mi opinión, difumina aún más las fronteras entre inducción (como forma de participación) y autoría mediata, lo que no contribuye, según creo, a una mayor precisión en la aplicación jurisprudencial de esta forma de autoría.

Por otro lado, creo que en la materia se menosprecia a menudo el valor de la participación. Es lo más frecuente que en la ley se equipare la pena de la inducción (participación) y la autoría. Desde luego, ello sucede tanto en el CP español como en el StGB alemán. Y, en principio, en nuestros supuestos no se producen problemas de accesoriedad, por lo que la transcendecia práctica material de considerar al sujeto de atrás autor mediato o inductor no es grande. Si, por alguna razón (por ejemplo, por no aceptarse la inducción en cadena, en supuestos de transmisión de la instrucción en varios eslabones del aparato), esta transcendencia crece en ordenamientos como el alemán, pues entonces al sujeto de atrás, si no es autor mediato, no cabría más que calificarlo de cómplice (una figura de cooperación que contempla el StGB), con la consiguiente rebaja obligatoria de pena. Creo que la situación es diferente en el CP español, que, como el de algunos otros países, contempla, junto a la cooperación o complicidad simple o no necesaria, conminada también con pena inferior a la autoría, una figura de participación accesoria de complicidad o cooperación necesaria, que se conmina con la pena de la autoría. Y, de no admitirse la inducción del sujeto de atrás, cabría considerarlo precisamente cooperador necesario. Frente a la objeción de GIMBERNAT ORDEIG de que un Estado al margen del Derecho tiene a su disposición multitud de "ruedecillas" (personas intermedias) en la cadena de mando, por lo que sus aportaciones no constituyen para ese Estado criminal un bien o actividad escasos (criterio que a su juicio caracteriza la cooperación o complicidad necesaria o primaria y que en buena medida comparto); sin embargo y aunque no profundizaré en este tema, precisamente el que existan multitud de "ruedecillas" (eslabones intermedios, con alto grado de disposición a realizar el hecho) es en parte lo que garantiza el éxito de la empresa criminal y, por lo tanto, la abundancia y sustituibilidad de esas "ruedecillas" de la maquinaria criminal estatal poseen carácter esencial para el buen funcionamiento del mecanismo global y, en cuanto contribuyen a él, cada uno de los mandos que en realidad intervienen en el delito realiza una aportación esencial (ello al margen de que esa esencialidad puede proceder, en mi opinión, de criterios añadidos a la escasez de la aportación, aunque esta es uno importante).

No debería hacer falta recordar que el inductor o el cooperador necesario pueden llegar a a tener, en el caso concreto, incluso mayor pena que el autor, que el ejecutor. Con ello conecto con mis últimas observaciones.

La frecuente apelación a que la contemplación natural o el lenguaje ordinario o principios sociales, históricos y jurídicos de la imputación como autor contradicen la calificación de partícipe del sujeto que da la orden o instrucción me parece insuficiente aquí para afirmar la autoría mediata, pues supone otorgar un valor excesivo a la idea del autor como "figura central", que ROXIN y sus seguidores plantean inicialmente como una imagen o principio rector de la autoría.

Me resulta ciertamente llamativo que, cuando se apela abierta o indirectamente a esta idea de la figura central en nuestros supuestos, se cite siempre a sujetos como Hitler, Himmler o Stalin, de enorme poder y relevancia, para mostrar de forma impactante que una solución distinta a la autoría no se correspondería con el verdadero papel de esas "figuras centrales", pretendiendo demostrar así la falta de correspondencia con la percepción habitual y lógica de la realidad de quienes rechazamos la construcción aquí analizada (o dudamos de ella al menos). Al margen de que resulta cuando menos dudoso (por decir poco) el carácter no coactivo de las órdenes de tales sujetos (y con ello dudosa también la imposibilidad de fundamentar de un modo menos discutible su autoría mediata en los hechos delictivos que ordenaran), no debe olvidarse que la tesis de ROXIN sería aplicable también a mandos intermedios del aparato organizado de poder mucho menos relevantes. ¡Demasiadas figuras centrales, en mi opinión! Tal vez por ello, AMBOS sostiene que los que intervienen por debajo de la cúspide (los eslabones o mandos intermedios) no son autores mediatos, pues solo tienen un dominio incompleto o parcial de la organización. A ello ha respondido ROXIN que esos mandos intermedios (por ejemplo Eichmann) tienen el poder de poner en marcha la maquinaria que les está subordinada, que es lo decisivo. Esta, desde las propias bases de la construcción de ROXIN, es seguramente una réplica correcta. Desde la posición que he adoptado, AMBOS habría superado mi alusión al exceso de figuras centrales, pero no habría explicado (en el mismo sentido en que me he referido a la construcción de ROXIN y manifestando mis dudas) por qué (sin existir coacción o error) la cúspide sí actúa en autoría mediata y no es preferible la figura de la inducción (o la cooperación necesaria,en su caso).

* * * * * *

Prof. Dr. Esteban Sola Reche

Catedrático de Derecho penal. Universidad de La Laguna. Socio de la FICP.

~El principio de legalidad como garantía criminal~

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL Y LA GARANTÍA CRIMINAL

1. La CE reconoce en el art. 1.2 que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". A continuación en los números 1 y 3 de su art. 9 declara la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico y garantiza el principio de legalidad, con singularizada mención a las disposiciones sancionadoras, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad. El ejercicio de los poderes del Estado, entre ellos y sobre todos el legislativo a través de los directos representantes del pueblo, no puede (no debe) orientarse por algo distinto que la voluntad popular. No por otra razón que la de ser producto formalizado del ejercicio de la soberanía popular la ley obtiene su legitimación democrática.

Tal es el fundamento democrático de que el Estado resulte cesionario, en exclusiva, del *ius puniendi*. Y el legítimo gestor de la suma política de las cesiones individuales de soberanía para la ordenación incluso coactiva de las condiciones en las que el ciudadano ejerce sus derechos y libertades en sociedad. Como muy gráficamente ha venido explicando la teoría del contrato social.

2. Los arts. 25.1 de la CE y 1º.1 del CP, consecuentes con ese proceso de legitimación, formulan expresamente el principio de legalidad penal en clave de garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) como necesaria implicación. Con los términos del CP: "No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración". El equivalente precepto constitucional tiene como principal destinatario al legislador. El segundo, como se acaba de reproducir, se dirige a quienes corresponde juzgar los delitos. Así es que, de inmediato y expresamente, se desautoriza a quienes ejerzan el poder judicial sancionando conductas que la ley no haya declarado delictivas, como recalca el art. 4º.1 CP: "Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". Obviamente en estos preceptos está implícita la común declaración para el ciudadano por la que se le reconoce el derecho a conocer los límites de la ilegalidad.

3. En sentido restrictivo de la punibilidad, la garantía criminal que comporta el principio de legalidad supone sobre todo la prohibición de la analogía. La ley penal que prevé el carácter delictivo de un comportamiento no será aplicable más que a aquellos casos estrictamente comprendidos en la misma; sin que pueda extenderse a otros análogos. En el mismo sentido de restringir la punibilidad, ya sin que ello afecte (al menos directamente) a la garantía criminal, operan los criterios de *adecuación social* y la *analogía* in bonam partem *aplicada a las causas de justificación*. No hay que olvidar que tanto la adecuación social como causa de atipicidad como las causas de justificación parten de la constatación del carácter típico del comportamiento. En ambos casos se produce una penetración de la impunidad en el territorio de la tipicidad, que sin duda restringe la protección penal inicialmente otorgada a los bienes jurídicos que amenazan los correspondientes comportamientos socialmente adecuados o analógicamente justificados. Desde la perspectiva del ciudadano potencialmente infractor no se perjudica la garantía criminal; a cambio, la colectividad es la que ve reducidas sus expectativas de protección. Por eso los efectos exoneradores de la adecuación social y de las (discutidas) causas de justificación por analogía frecuentemente pueden alcanzarse a través de otros argumentos restrictivos de la tipicidad o como insignificancia de la afectación de bienes jurídicos, sobre todo cuando se trata de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

4. La garantía criminal así deducida del principio de legalidad penal lo es para el ciudadano que, en un Estado de Derecho pueda decidir responsablemente sobre su proceder, haciéndole accesible el objetivo conocimiento de los supuestos punibles legalmente establecidos. Y en esas condiciones, pueda contar con la suficiente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, justamente en el ámbito en el que están previstas las sanciones más severas del Ordenamiento jurídico.

II. PRIMER COROLARIO DE LA GARANTÍA CRIMINAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL MANDATO DE DETERMINACIÓN (*LEX CERTA*)

1. Si bien como principio, el de legalidad, no requiere de demostración más allá de su legitimación, en cambio cuanto del mismo se deduzca sí que necesita de la correspondiente comprobación de congruencia para mantener el sustento democrático. Se explica así que el disidente ejercicio del poder público respecto a lo legalmente establecido, en el caso que nos ocupa, se desprendería de esa básica legitimación democrática del principio de legalidad.

Pero vayamos por orden. De la expresión constitucional del principio de legalidad es inmediata la deducción del mandato de determinación dirigido al legislador, por el que se le exige que formalmente, a través de la ley, establezca los límites de la punibilidad (*lex certa*). En términos que, por un lado, el juez tenga los suficientes elementos de juicio para adecuar sus resoluciones a la ley; y por otro lado, que el ciudadano pueda reconocer fácilmente el alcance de la prohibición (o el mandato) implícito en los preceptos penales.

Esta idea está en el origen de la separación conceptual entre tipicidad y antijuridicidad, debida a BELING. Frente a lo que cabía esperar, desde la naciente idea de que la tipicidad no sería más que la descripción formal del comportamiento antijurídico, se constata una creciente sobrecarga de la importancia y atención que la Doctrina científica ha dispensado a este elemento del concepto de delito. A mi juicio, merecidamente. Porque, en efecto, a la tipicidad corresponden los trazos gruesos de la punibilidad, trasladando al juez el enjuiciamiento consistente en comprobar la subsunción en los tipos penales, como la mayor parte de su tarea con la referencia al caso concreto. Es claro que las otras valoraciones de Derecho penal material relativas a la justificación del hecho (antijuridicidad) o al reproche de su autor (culpabilidad), pudiendo ser decisivas, son consiguientes a la declaración de tipicidad. Incluso la precedente decisión sobre la procedencia de su enjuiciamiento por existencia de indicios suficientes en el correspondiente trámite procesal, resulta de la provisional valoración de si la conducta, en caso de resultar probada, sería o no típica.

2. En un régimen democrático, en primera instancia, el legislador es destinatario del encargo por el pueblo soberano de identificar a través de las leyes penales las conductas punibles, con la exigencia de concretar el alcance y las posibles (previsibles) interpretaciones de los tipos penales, trazando así los límites máximos de intervención del Derecho penal. Esto es: recibe un genérico mandato de determinación, que aunque también alcanza a la fijación de la pena (*cuánto* y *cómo* se castiga) exige la más importante previsión de *qué* se castiga. Ambas son exigencias derivadas del principio de legalidad pero en esta ocasión nos ocupamos sólo de la segunda, respecto a la que ya tropezamos con específicas carencias: las indicaciones sobre la naturaleza y grado de la determinación exigida. En la propia CE se contienen las pautas más básicas: el catálogo de derechos fundamentales objeto de la más intensa protección que compete al Derecho penal; y el de derechos fundamentales procesales vinculados cuya infracción habilita el

amparo constitucional. El TC ha tenido que ocuparse de ello con una fragmentada dedicación provocada por las *apariciones* de casos concretos, traídas a su conocimiento las más de las veces por recursos de amparo y, las que quizás sean pocas, por cuestiones de (in)constitucionalidad. Es ejemplo de esto último la STC 101/2012 que estimando la cuestión ha declarado inconstitucional y nulo el art. 335 CP, al incumplir los requisitos del principio de legalidad por no contener "ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la fauna silvestre) que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal".

3. La mayoría de los ámbitos de indeterminación son bien conocidos. Algunos seguramente irremediables: la caracterización como imprudente del comportamiento; la equivalencia de la omisión con la acción, precisamente mal resuelta en nuestro art. 11 por un desatinado empeño de determinación del legislador de 1995; las leyes penales en blanco; el frecuente uso de elementos normativos en la fijación de tipos de lo injusto. Y otro ámbito que merece ser profundamente revisado: la arrogación de la totipotencia de la jurisdicción penal con las cuestiones prejudiciales no devolutivas (*ex* arts. 3 LECr y 10.1 LOPJ), que sorteando la jurisdicción especializada (sobre todo la contencioso-administrativa), *de facto* se delega, a veces por jueces confesos de su ignorancia sobre la materia, en la valoración de peritos la inferencia de tipicidad de la conducta; ocurre p. ej. en materia tributaria, urbanística y medioambiental.

Las pautas generales dadas por el TC para cumplir con las exigencias de determinación *ex* art. 25.1 CE, todavía insuficientes, se concentran en dos reglas básicas: la realización del máximo esfuerzo de determinación posible por el legislador; y la formulación de los preceptos en modo que resulte previsible la interpretación que den los jueces. Ésta última, si bien también toma como referencia la posible indefensión del ciudadano, ya nos regresa al problema de la integración de la ley por quien carece de legitimación democrática para ello. En efecto, parece que *no es de ley* que al ciudadano se le haga esperar a la revisión judicial de los preceptos para cerciorarse del carácter delictivo de su conducta, o la definitiva atipicidad o justificación de la que creía ilícita y podría ser víctima.

III. SEGUNDO COROLARIO: LA INJUSTICIA DE LA INSEGURIDAD JURÍDICA

1. Volviendo al punto de partida de un Estado democrático y de Derecho: del principio de legalidad se deduce que la decisión que se considera (más) justa para

valorar qué debe ser delictivo habría sido consensuada democráticamente y obtiene expresión en los preceptos legales. El incumplimiento del legislador con el mandato de determinación, del que es directo destinatario, es lógicamente fuente de inseguridad jurídica. La indeterminación de la ley penal que la provoca acarrea niveles de incertidumbre que se traslada exponencialmente al juez y al ciudadano. Para un caso poco afortunado, el propio legislador lo ha recordado en el Preámbulo de la reciente LO 1/2015 de reforma del CP: "La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice *resoluciones judiciales previsibles* que, además sean percibidas como justas". La interacción de estos factores era esquemáticamente descrita por RADBRUCH: "Tenemos que buscar la justicia, pero al mismo tiempo tenemos que mantener la seguridad jurídica, que no es más que un aspecto de la misma justicia (…). La democracia es ciertamente un bien precioso (…); y lo mejor de la democracia es precisamente eso: que es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho".

2. Las leyes penales indeterminadas socavan pues la garantía criminal con indeseables consecuencias para el ciudadano. En primer lugar, comportan una suerte de indefensión frente a las decisiones del legislador. Desdibujan los límites a los que tiene someterse el Estado en el ejercicio legítimo del *ius puniendi*, minando el derecho del ciudadano soberano a conocer qué es lo que por él se ha decidido que sea delictivo. Valga el ejemplo del art. 318 bis.1 CP por el que cualquier ayuda con exclusivos fines humanitarios a extranjeros que entraban ilegalmente en territorio español podía llegar a ser considerada delito.

En segundo lugar, las leyes penales insuficientemente determinadas reducen las posibilidades de que las resoluciones que correctamente las apliquen abonen el sentimiento de su justicia, y así favorezcan los irrenunciables, aunque postergados, fines de prevención general positiva (integradora); es también una obviedad que cuanto mayor previsibilidad ofrezca la ley para enjuiciar en Derecho mayor será su capacidad pedagógica. Y en el mismo sentido: si lo previsible es percibido como injusto, más fácilmente el ciudadano adquirirá conciencia de la necesidad de reformar la ley; en cambio la inseguridad jurídica no motiva en igual medida la urgencia de derogar una ley eventualmente injusta.

3. En la correa de transmisión de la inseguridad jurídica encontramos, entre otros, los riesgos de una subversiva intermediación judicial. Aunque en nuestro entorno político esa suplencia judicial del legislador se asuma con resignación y buenas intenciones, no deja de suponer una fractura democrática ante la indeterminación de la ley, porque al juez se le coloca como involuntario delegado de las funciones del legislador. En no pocas ocasiones su contribución, por no prevista en la ley, padece la deslegitimación democrática de haber asumido el papel de legislar. No tanto porque se resuelva *contra legem*, que a veces ocurre. Sino porque se haga *praeter legem*. Esto es reconocible, en procesos tan disfuncionales como los que a continuación vemos: a) la solución judicial con la justificación legal *a posteriori*; y b) la particular solución legal del caso concreto.

a) Perspectiva judicial: la solución con la justificación legal a posteriori

1) Como se ha apuntado, el proceso penal se inspira en una creciente comprobación de la subsunción de los hechos denunciados en lo previsto en la ley como delito, que arranca en la fase de instrucción. Aquí bastando indicios; siendo ya necesarias pruebas en la fase de enjuiciamiento. Pero en todo momento con la referencia de la tipicidad (indiciaria o probada) de la conducta objeto de enjuiciamiento.

La garantía jurisdiccional que también comporta el principio de legalidad, en mi opinión, impone la misma secuencia. De forma que sería contrario a dicho principio la anticipación del fallo resultante del criterio del juez ("la solución judicial" del caso) que luego (a *posteriori*) se fundamenta con la búsqueda de compatibilidad con la previsión legal. Cambiando así el objeto de subsunción: deberían ser los hechos y pasa a ser la solución judicial, como se denunciaba de la Jurisprudencia de valoración. Lógicamente, a su vez puede verse afectada también la garantía criminal: si la solución judicial, probablemente respaldada con solventes argumentos de Justicia, no era (suficientemente) previsible desde los términos de la ley. El principio de legalidad constituye "una decisión explícita a favor de salvaguardar la libertad de los ciudadanos aunque ello suponga renunciar a una decisión del caso concreto quizás más justa". Con semejante manipulación del objeto de enjuiciamiento, no es que se integren posibles lagunas de la ley: se crea el Derecho. No es que la "ley diga"; es "que el juez dice lo que la ley ha de decir". Que esto se aleja de los mínimos de legitimación democrática lo reconoce el propio TS, como da cuenta la STS 358/2016 de 26 de abril, en su FD QUINTO:

> "Los Tribunales están sujetos al principio de legalidad y (…) la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta (…). Por tanto el respeto del principio de legalidad, en su exigencia de Lex Stricta, impide la aplicación del tipo en perjuicio del reo más allá de lo que consiente el propio sentido literal del precepto que configura el alcance de protección de la norma. Y (…) la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones («lex certa»). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (…) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «in malam partem» (…). El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes".

2) En la zona limítrofe del enjuiciamiento ajustado a las exigencias de la tipicidad se localiza la técnica judicial de *subsunción alternativa de la condena*, por la que habiendo obtenido el juez la plena convicción de que el acusado cometió un delito de entre varios posibles, condena sin poder resolver la disyuntiva de qué concreto tipo penal se ha realizado por falta de prueba. En mi opinión no se trata tanto de una huida del principio de legalidad en la medida en que ninguna calificación (de entre las alternativas consideradas) se aparte de la previsión legal, cuanto de declarados incumplimientos (por el propio juez que la invoca) de las exigencias derivadas de los derechos procesales fundamentales de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva. Se trata más bien de una versión restringida del *versari in re illicita*, que sigue entre nosotros.

b) Perspectiva legislativa: la particular solución legal del caso concreto

1) La suplencia judicial para los incumplimientos del legislador necesariamente acarrea dosis de inseguridad jurídica para el ciudadano, que percibe desdibujados los

límites del *ius puniendi* estatal. Estrechamente relacionada con la manifestación anterior, la garantía criminal que deriva del principio de legalidad sufre mermas cuanto más singular sea el tratamiento (mayor variedad de criterios de ilicitud) que se dispense a casos análogos.

Esto se comprueba con la revisión de las soluciones ofrecidas por la Doctrina y la Jurisprudencia a concretos problemas que se plantean en la Parte Especial del Derecho penal, que no pocas veces pone en tela de juicio su adecuación al sistema que como coordenadas de referencia habría de ofrecer la Parte General; síntoma que se ha agudizado en relación con los modernos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, en cuanto han supuesto una de las principales vías de expansión del moderno Derecho penal. En efecto, el contenido mismo de la Parte Especial del Derecho penal no es el resultado de un programa científicamente diseñado para lograr una *correcta* elección de los comportamientos que han de ser constitutivos de infracción penal. Más bien lo es de la suma (poco ordenada) de las decisiones que el legislador ha venido adoptando con el directo objetivo de resolver problemas para la convivencia pacífica bajo la tutela del *ius puniendi*. Las más de las veces cuando tales problemas ya han desplegado sus indeseables efectos; y excepcionalmente con visionaria anticipación. Lógicamente las líneas maestras de esa constante reconstrucción de la Parte Especial debieran estar inspiradas en el modelo que diseña como norma fundamental la Constitución. Pero con desigual proximidad a ese modelo muchos de los concretos contenidos de la Parte Especial del Derecho penal obedecen a las que el legislador ocasionalmente percibe como conveniencias basadas en las cambiantes concepciones sociales (y políticas). Lo cual relativiza definitivamente la justificación de la intervención del Derecho penal al amparo del principio de protección de los bienes jurídicos más importantes para la convivencia, que se convierte en una condición necesaria, aunque no sea suficiente.

2) Para lo que ahora aquí nos interesa, las interpretaciones de los tipos penales de la Parte Especial del Derecho penal también presentan un considerable grado de variabilidad, que no siempre queda (suficientemente) limitada por los vínculos con la Parte General de los términos en que se formulan: los diversos significados que con convincentes argumentos se dan de los particulares elementos de cada tipo penal, la adecuación o el distanciamiento con la voluntad con frecuencia insuficientemente

inexplícita del legislador, y las distintas realidades que pretenden ser aprehendidas por las mismas descripciones típicas, son algunas de sus causas.

A esto se suma el "despecho" de la preocupación sistemática que se hace evidente por ejemplo en los modernos delitos contra el orden socioeconómico, y que en contra de lo que se ha querido justificar, no se debe únicamente, yo diría que ni siquiera sobre todo, a su precedente incompatibilidad con la creciente necesidad de respuestas jurídico-penales supranacionales. Ya traía causa en la insuficiente preocupación por la proyección armónica del sistema que trabajosamente se venía perfilando en la Parte General, al conjunto de la Parte Especial. Casi siempre se ha tomado por suficiente el análisis particular de cada una de las figuras delictivas, o de los grupos de delitos más cercanos, con los protocolos asumidos de estructura del delito. Y en lo que de criticable tenga, corresponde a la Doctrina el mayor tanto de culpa. Quizás sobre todo porque no acaba de lograrse la armonía deseable de los resultados del estudio y aplicación de las diversas figuras delictivas, todo sea dicho, con la importantísima contribución que viene haciendo una Jurisprudencia no pocas veces errática. Aun aceptando que el Derecho es funcionalmente distinto en cuanto se establece y en cuanto se aplica.

Y ello dando por descontado que lógicamente la Parte Especial necesita de una metodología distinta a la de la Parte General, vinculada aquélla a disposiciones más apegadas a los concretos fenómenos delictivos. De alguna manera con la exacerbación del método fenomenológico hasta donde permite el principio de legalidad, pero bastante alejado del límite hasta donde parece razonable que debe llegar una aceptable técnica legislativa integradora. Faltan los estudios de detalle que acrediten esa intromisión del método fenomenológico, o que quizás pudieran descubrir la ausencia de todo método; y en realidad el contenido de la Parte Especial del Derecho penal no sea más que una constante concesión al oportunismo. Es discutible que exista realmente una estructura que soporte un sistema de la Parte Especial del Derecho penal; no se ha acometido el objetivo de consensuar una clara y programada política criminal que la inspire; no son reconocibles unos principios básicos de técnica legislativa que la realice; y se echa de menos un fluido diálogo dogmático que asuma el propósito de sistematizar el estudio de la Parte Especial del Derecho penal.

3) Es lo cierto que la voluntad del legislador del momento se expresa con mayor claridad, otra cosa sería ver si con el debido acierto, en la Parte Especial, donde tienen un reflejo directo *las políticas criminales*. Hasta el punto de producir la impresión de

que, sobre todo en las reformas de la Parte Especial, poco se repara en la armonía del sistema cuyas directrices habría trazado previamente la Parte General, agravando la "tópica exasperante y caótica" que denunció GIMBERNAT ORDEIG. Desde una dimensión previa, no ha de extrañar entonces que esto culmine en un creciente desorden en la Parte Especial agolpándose en la confección de los tipos penales elementos normativos procedentes de los demás sectores del ordenamiento jurídico.

Por eso, de esto que acontece en la Parte Especial, quizás recoja las consecuencias del llamado método político criminal, desarrollado a partir de las fundamentales aportaciones de ROXIN, presentado como el método corrector de las "disfunciones congruentes" a las que supuestamente conduciría la estricta aplicación del pensamiento sistemático. En mi opinión cuando esto ocurre, que ocurre, se debe a una de estas dos razones: o el sistema está mal construido en alguno de sus pasos, o se olvida que la decisión de *una concreta política criminal* traducida en la concreta disposición normativa es muy posterior al sistema y sus garantías; y por ello, tanto en uno como en otro caso, el propio sistema debe quedar sometido a un constante proceso de adaptación de las nuevas realidades e intereses sociales con legitimación democrática, en la irrenunciable tarea de integrar los dictados de una política criminal también democrática. Y no a la inversa: como sería añadir al sistema nuevas partes, o modificar las existentes, sin considerar las interacciones que en lo que es su objeto se producen. Pues existen formas más o menos correctas de encauzar los objetivos político-criminales a través de las disposiciones legales, que convendría respetar evitando las manifiestamente incorrectas; ya que no es irrelevante el precio que se paga por la obcecada persecución de concretos objetivos político criminales. Por eso, el pragmatismo con el que la política criminal aborda los problemas encuentra un cauce expedito en la resignación fenomenológica, desembarazándose del constreñimiento de la pretendida armonía sistemática.

Es así que ya incluso con carácter previo al cómo se articulen en los instrumentos legales los objetivos marcados, el mismo término "política" en el concepto "política criminal" anticipa la asunción de compromisos con unos objetivos y métodos. Identificarían unos concretos objetivos de política criminal, p. ej. la especial dedicación de instrumentos legales a la lucha contra ciertas clases de delincuencia (la violencia machista, la económica, la transnacional, la juvenil, etc.). Y ello puede llevarse a cabo mediante un mayor o menor intervencionismo, p. ej. rebajando o aumentando el umbral

de la gravedad de los hechos que serían constitutivos de delito; con la integración de normativas procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico (de naturaleza administrativa, social, económica, etc.); o con la propia orientación de la normativa penal hacia fines preventivo generales o preventivos especiales. Entonces, mal puede hablarse de *una* política criminal resultante de *diversas* políticas criminales no armonizadas, o hasta contradictorias, o incluso porque lo que se demuestra es que no existe una política criminal sino una desordenada y oportunista reacción a concretos fenómenos delictivos.

4) Así es como, en esas condiciones, la exacerbación de esas tensiones entre "políticas criminales" y sistema, en mi opinión, acabó apuntado hacia la nueva versión del Derecho penal del enemigo que, por responder en los mismos términos en los que el método de la política criminal quiere justificarse, padecería la consiguiente "disfunción congruente" de las incontenidas políticas criminales.

Ello acarrea otras disfunciones quizás menos llamativas pero que acaban por invalidar las posibilidades de obtención de los originales concretos objetivos de política criminal. A salvo, claro es, de que se prescinda de la estricta vinculación a la ley por parte de los órganos judiciales con la consiguiente perversión del derecho (de los ciudadanos) a la tutela judicial efectiva. Los desencuentros, notables, entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, más bien hacen pensar en razones de "política judicial", que no son más que la más cualificada muestra de lo que ocurre en los Tribunales de justicia con la aplicación e inaplicación de las disposiciones legales que se ensortijan en torno a la categoría de las nuevas formas de delincuencia. Así es que una de las lamentables consecuencias es la creciente desconfianza de que se mantienen los niveles suficientes de Estado de Derecho, a través del que cabría esperar la tutela judicial efectiva del interés general, continente a su vez de los intereses particulares en cuanto que legitimados democráticamente.

5) Aunque fácilmente se cae en la tentación de pensar que éste no es más que el resultado de una generalizada forma irreflexiva de acometer los problemas que parecen reclamar la intervención del Derecho penal, hay que reparar que en el trasfondo está una consciente actitud de relajamiento de los compromisos metodológicos y sistemáticos. Como describe LUHMANN para los fenómenos sociales, que ante nuestro conocimiento se muestran son retroacoplables, de modo que con lo que realmente se opera es con provisionales descripciones. El Derecho no puede desprenderse por completo de todas

las pre-realidades sin perder de vista lo que es su objeto de regulación. Otra cosa es que la fenomenología admita que *realmente* se pueda operar con esos valores primarios, pues cuenta con que su traducción explícita acaba por ser, necesariamente, inexacta; de modo que, ante su irreductibilidad a valores absolutos, podría admitirse *cualquier solución lógica*. La ilusión del absolutismo jurídico sería pues un error. Tal relativismo acaba por traducirse en que cada caso es operativamente distinto, y la armonía sistemática ¡terminaría siendo fuente principal de injusticia!

Todo lo cual se nos muestra como un triángulo en el que, en un vértice, el pensamiento sistemático sirve para analizar *cómo* se estructura el hecho delictivo y ello se repercute en su formulación típica; en otro vértice, desde pronunciamientos de política-criminal se decide qué ha de perseguirse como delito; y en el otro vértice, la fundamentación fenomenológica, sirve para justificar tal decisión aunque no quede perfectamente integrada en la estructura (básica) que el sistema ofrece. Si el pensamiento sistemático persigue la homogeneidad, la política criminal asume la oportunidad; y con la cobertura fenomenológica se legitima en el plano teórico la asistematicidad de la decisión judicial.

De modo que, como viene ocurriendo, las formulaciones propias de la Parte Especial del Derecho penal, dedicadas sobre todo a la más o menos precisa descripción (operativa) de los hechos delictivos, quedan demasiado alejadas de las estructuras lógico objetivas; y en su particular dedicación a resolver un concreto problema parecen quedar amparadas por un legítimo desapego del sistema. Hasta el punto que ni siquiera se plantea si, como es característico de nuestra Parte Especial, no obstante cabe obtener los mismos objetivos (de política criminal) sin la necesidad de resignarse a las "útiles desviaciones del sistema". En esas condiciones, hay que asumir proporciones razonables de inseguridad jurídica. Pero no puede franquearse la barrera de lo no previsible por el destinatario último de la norma que es presupuesto de la disposición legal.

IV. TERCER COROLARIO: LA INJUSTICIA DE LA ILEGALIDAD

1. Esta tercera consecuencia es todavía más inmediata: de la vigencia del principio de legalidad se infiere que, en un Estado democrático y de Derecho, el pronunciamiento sobre ilegalidad comporta el de injusticia. La ley impuesta sin amparo democrático es siempre injusta. Sin embargo esto no descarta que una ley con respaldo democrático pueda ser injusta. El delito de estafa procesal del art. 250.1.7º CP prevé esa posibilidad: la correcta aplicación de la ley puede resultar injusta cuando los elementos de juicio han

sido manipulados. La declaración de inconstitucionalidad de la previsión delictiva de un comportamiento lo sustrae, por los cauces democráticos, de la ilegalidad; como ocurrió con la negación del genocidio prevista en la anterior redacción del art. 607.2, anulada por la STC 235/2007 de 7 de noviembre. La legendaria condena a muerte de Sócrates en las versiones de Jenofonte y Platón, la única dosis de injusticia con la que no contaba era la de su ilegalidad.

2. Al amparo del principio de legalidad, el art. 4º.3 CP expresamente contempla la vigencia de la ley posiblemente injusta: "sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que (…) no debiera serlo". De lo que se colige que sería igualmente injusto convertir en ilegal lo que no lo es. Así, la STC 196/2013 otorgó el amparo a quien venía condenado por un delito del art. 225 bis 2.2º (retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por una resolución) porque los órganos judiciales habían "conferido al precepto (…) de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja en la interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante", que "no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad" ["omiten cualquier juicio valorativo relacionado con el conocimiento o grado de representación (…) de la existencia y contenido de las resoluciones judiciales objetivamente quebrantadas"].

El contexto de un Estado democrático y de Derecho impone pues que la ley injusta debe ser cambiada; pero por los *cauces democráticos legalmente establecidos*. Para que lo que injustamente sea delito deje de serlo, o lo que injustamente no es delito pase a serlo.

V. TEOREMA: EL GRADO DE SEGURIDAD JURÍDICA ES DIRECTAMENTE PROPORCIONAL A LA EFICIENCIA DEL SISTEMA PENAL

1. El sentimiento de la Doctrina científica de que el Derecho penal se desenvuelve en una situación de crisis se ha cronificado. Convirtiéndose en opinión pública que el Derecho penal no es lo bastante eficiente, sobre todo para la prevención y sanción de los graves delitos contra las personas y de los delitos relacionados con la corrupción. Ambos grupos de delitos vienen dando los principales titulares a los medios de comunicación. Y pareciera que el Derecho penal se ha convertido para el legislador en

un instrumento político al que recurrir para acallar el griterío popular con resonancia mediática. Recuérdese el motivo de la cita de unas líneas atrás del Preámbulo de la LO 1/2015, que por sí sola bien pudiera ser la definitiva respuesta a la inquietud que inspira este trabajo; el legislador motiva (el concreto punto de) la reforma, casi textualmente, en que es necesario el fortalecimiento de la confianza en la Administración de Justicia poniendo a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas como justas. Que esa necesidad pretenda satisfacerse ¡mediante la introducción en el sistema de penas de la prisión permanente revisable para delitos de extrema gravedad!, da la impresión de que el legislador se ha quedado atrapado en el bucle programático de que para obtener mayor prevención de delitos hay que agravar penas y convertir más comportamientos en delictivos: penas más graves, más Derecho penal. Sin embargo, se ha visto sobradas veces que el objetivo de la prevención requiere de otras apuestas: las intervenciones (no penales) previas a las situaciones de riesgo de delito. Son buenos ejemplos, la creciente exigencia de transparencia en la gestión pública; la mejor instrucción y dotación de medios de las fuerzas y cuerpos de seguridad, y de los órganos de la Administración fiscalizadores de la actividad económica. Entre otros. El inmediato y fácil recurso al Derecho penal se ha demostrado poco eficiente y despreciativo de la prevención desde fuera del Derecho penal. La mejor apuesta no es más Derecho penal; la mejor apuesta es menos ocasiones para el Derecho penal con más prevención de conductas de riesgo antes de que puedan adquirir entidad delictiva.

2. Volviendo a la necesidad de abonar la confianza en la Administración de Justicia, la cita del Preámbulo de la LO 1/2015 contiene, en eso sí, el acierto pleno de que es decisivo un sistema legal desde el que las resoluciones judiciales sean previsibles y sentidas como justas. Para ello no hay mejores coordenadas que las que ofrece la *lex certa*. La correcta realización del principio de legalidad tiene su inmediato efecto en la reducción de áreas de inseguridad jurídica. En Derecho penal la categoría de la tipicidad desempeña para ello el principal papel de delimitar la punibilidad. Pero en cierto modo, el conjunto de los comportamientos tipificados también es indicativo de las que hemos llamado *políticas criminales*, en cuanto formaliza caso a caso el compromiso estatal con el conjunto de la ciudadanía de la persecución de las conductas consideradas más graves para la convivencia. En un Estado democrático y de Derecho la ley es expresión, en todos los sentidos, de la voluntad del pueblo soberano. Y en esas condiciones, como

acabamos de ver, incluso la ley injusta goza de una provisional legitimidad democrática; mientras que la ley sin legitimidad democrática es por principio injusta.

La creación de la ley no es entonces, ni debe ser, cosa de jueces. Siendo la doctrina judicial la instancia definitiva para su interpretación, tanto más soporte democrático tendrá cuanto más consensuada y previsible resulte su aplicación para la ciudadanía. La Jurisprudencia, y sobre todo la Jurisprudencia penal, no debiera convertirse en el lejano oráculo de la ley para quienes eligen al (su) legislador. Siguiendo la lapidaria frase de VON KIRCHMANN, que el legislador pueda convertir con tres palabras rectificadoras bibliotecas enteras en basura, no puede convertirse en que tres palabras del juez tengan la misma capacidad con la ley (y ya de paso con las bibliotecas): "no se puede dejar en manos de cualquier juez el poder dejar las leyes sin valor".

La entidad de este riesgo resulta de la concurrencia con el *principio de conservación de las resoluciones judiciales* que gana terreno en el proceso penal, reconocible en la sobrevalorada inmediación para la apreciación de la prueba, y las restricciones impuestas a los objetos de recurso ante las instancias superiores, especialmente la casación y el amparo constitucional, para cuya desconsideración basta la simple mención ausente de la más mínima motivación de "falta de interés constitucional".

3. Es innegable que el proceso penal llegado al término de la sentencia contribuye a dar (o quitar) certeza a la ley. Pero también que la mayor certidumbre sobre lo que es y deja de ser delito tiene en la ciudadanía efectos preventivos. P. ej., la reforma de los delitos contra la seguridad vial de conducción a velocidad gravemente excesiva o con altas tasas de alcohol, de los núms. 1 y 2 del art. 379 CP, además de sus propios efectos, ha propiciado la uniformización y celeridad de los procedimientos (un buen número de casos se sustancian por enjuiciamientos rápido) y con resultados muy previsibles, ya desde su instrucción. Y se ha reducido considerablemente la varianza en la doctrina judicial sobre estos delitos. Desde los términos de la ley el mensaje disuasorio (prevención general negativa) es claro; y ha servido a la concienciación sobre qué conductas son consideradas democráticamente indeseables (prevención general positiva).

A esto contribuiría una *instrucción especializada de las causas penales*. En clave de principio de legalidad, al menos por tres motivos: 1) Se uniformizaría la

identificación o descarte de indicios de criminalidad. Esto es: se favorece mayor unidad de criterio acerca de los elementos determinantes de la tipicidad de los hechos. 2) Sometidos al que hemos llamado principio de conservación de las resoluciones precedentes, es de pura lógica que, cuanto más objetivable sean las primeras resoluciones judiciales, mayor grado de certidumbre se tendrá sobre las resoluciones definitivas. Y 3), de igual modo, la creciente usurpación de la jurisdicción penal a otras jurisdicciones de valoraciones que les serían propias a través de las cuestiones prejudiciales no devolutivas, amenaza a un uniforme cuerpo de doctrina, que al menos se vería contenida por instrucciones especializadas. Con el consiguiente incremento de la predictibilidad.

4. La seguridad jurídica, muy singularmente respecto a la protección penal de los valores más importantes para la convivencia democrática, es paso obligado del reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos soberanos. Al Estado compete garantizar su ejercicio, sometiéndose a las exigencias del principio de legalidad. Se demuestra que su cumplimiento demanda un sistema penal eficiente inspirado en el garantismo del que es acreedor todo ciudadano en un Estado social y democrático de Derecho.

* * * * * *

Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros

Catedrático de Derecho penal. Universidad Católica de Chile. Socio de la FICP.

~Imputabilidad y conciencia de lo ilícito: de su objeto y relación~

Resumen.- La doctrina dominante alemana y española coinciden en reconocer que la imputabilidad (capacidad de culpabilidad) está integrada por una dimensión intelectual-valorativa que permite al sujeto la "comprensión de lo injusto" y por una dimensión volitiva o conativa que hace posible su autodeterminación conforme a Derecho. Para dicha doctrina dominante **el objeto sobre el que recae el elemento intelectual-valorativo de la imputabilidad es el mismo objeto del que se ocupa otro componente de la culpabilidad: la conciencia de lo ilícito.** En efecto, ambos elementos de la culpabilidad dicen relación con **la comprensión de lo injusto o ilícito del hecho** y, además, **dicha comprensión no se ha de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica.**

A nuestro entender, dicha visión implica un problema: establecer un mismo factor dos veces como integrante de la culpabilidad, con lo cual, se termina formulando una exigencia tautológica o repetitiva. Si la imputabilidad, así como la conciencia de lo ilícito o injusto, tiene como objeto de referencia obligada la realización típica concreta cabe preguntarse: **el error sobre la comprensión de lo injusto o ilícito del hecho ¿excluye la imputabilidad o la conciencia de lo ilícito?**

Palabras Clave.- Culpabilidad, imputabilidad penal, conciencia de lo ilícito o injusto, error sobre la prohibición.

I. CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD

1. Imputabilidad en la doctrina alemana

Para estos efectos, consideraremos la ilustrada opinión de un grupo de destacados autores.

WELZEL a partir del concepto de imputabilidad que contiene el Código Penal Alemán, planteaba: "*La capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo); la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad (conforme a sentido). Sólo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad*"[1].

JESCHECK: En relación con la imputabilidad en adolescentes, plantea: "*La capacidad de comprensión del joven debe alcanzar a permitirle comprender lo injusto material de su hecho (no sólo la inmoralidad o contrariedad a las costumbres). Por el contrario, no se requiere el conocimiento de la punibilidad o de la ley penal.*"[2]

[1] WELZEL, H.: Derecho penal alemán. Traducción de la 11ª edición alemana por Juan Bustos R., y Sergio Yáñez P., Ed. Jurídica de Chile, p. 182

[2] JESCHECK. H.-H. Tratado de Derecho Penal. PG. Traducción de Santiago Mir y Francisco Muñoz Conde. Ed. Bosch, Barcelona, 1981, V. I, p. 598.

"*Ahora bien, el joven no sólo ha de ser capaz de advertir lo injusto del hecho, sino que debe gozar también de la capacidad de determinar su voluntad con arreglo a aquella comprensión (**capacidad de acción**).*"[3]

MAURACH: "*Es imputable y con ello capaz de culpabilidad, luego de la alteración del tenor literal del § 20, aquel autor que, en virtud del estado de su desarrollo espiritual-moral, esté en condiciones de **reconocer el ilícito de su acción** y de obrar conforme a tal conocimiento.*"[4]

"La decisión acerca de la capacidad o incapacidad de imputabilidad debe ser tomada siempre con relación al concreto hecho punible (BGH 14, 114). No existe una incapacidad de imputabilidad ***genérica***, que simplemente excluya las facultades de comprensión y de dirección, sin referencia concreta alguna (SCHRÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, §20, n°31).[5]

ROXIN: "*El legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto acto jurídicopenal normalmente es imputable. Por eso no regula –al contrario que en el caso de los adolescentes (cfr. Nm. 51)- la imputabilidad, sino su falta excepcional: la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad (§ 20). La disposición del § 20 está estructurada en dos peldaños o etapas. Menciona en un primer peldaño cuatro estados o diagnósticos psicopatológicos: le trastorno psíquico patológico, el trastorno profundo de la conciencia, la oligofrenia y la anomalía psíquica grave. Sólo una vez que se ha constatado uno de estos estados o diagnósticos se ha de decidir en un "segundo peldaño" de examen de la imputabilidad si el sujeto, debido a ello, "**es incapaz de comprender el injusto (ilicitud) del hecho** o de actuar conforme a esa comprensión*"[6].

"***La incapacidad de comprensión y de inhibición no se han de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica***"[7].

JAKOBS: "*En el § 20 StGB la ley menciona determinados estados (trastornos psico-patológicos, alteración profunda de la conciencia, oligofrenia y otras anomalías psíquicas graves) a través de los cuales se puede llegar a la exclusión de **la capacidad***

[3] JESCHECK. *Ob. cit.*, p. 598.
[4] MAURACH, R./ ZIPF, H.: Derecho Penal. PG.T. I. 1, Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill G., y Enrique Aimone G., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994 p. 600.
[5] MAURACH, R., *Ob. cit.*, p. 619.
[6] ROXIN, C. Derecho penal. PG., Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal. Ed Civitas , Madrid, 1997. pp. 822-823.
[7] ROXIN. *Ob. cit.*, p. 838.

de comprender lo ilícito del hecho *o de actuar con arreglo a esta comprensión"*[8].

2. Imputabilidad en la doctrina española

Si consultamos la doctrina española, nos encontramos con el siguiente panorama.

En la década del 80, se sostenía por MIR PUIG: "*Según la doctrina dominante en la actualidad, la imputabilidad requiere de dos elementos:* ***a) la capacidad de comprender lo injusto del hecho,*** *y b) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento"*[9].

"*Para que se halle ausente lo específico de la imputabilidad hoy se suele, pues, exigir que* ***el sujeto que ha realizado un comportamiento humano*** *(con consciencia y voluntad)* ***antijurídico, sea incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo*** *o de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión. Falta lo primero cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental en que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho. Falta lo segundo cuando el sujeto es incapaz de autodeterminarse, de autocontrolarse, con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho. Si no concurre el primer elemento relativo a la comprensión del injusto, tampoco concurrirá el segundo; pero puede concurrir la suficiente capacidad de entendimiento y hallarse ausente el elemento de autocontrol según dicho entendimiento"*[10].

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: Definen la imputabilidad como "*conjunto de requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía* ***la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella*** *y de actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico***"**[11].

---

[8] JAKOBS, G.: Derecho Penal. PG., Traducción de Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995 p. 630.

[9] MIR PUIG, S. Derecho Penal. PG, 4ª. edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995. Barcelona, 1996. PPU, S.A., p. 571.

[10] MIR PUIG, S.: Ob. cit., p. 572. En igual sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal español. Madrid: Dykinson, 1995.p.448; COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal. P.G. Valencia Tirant lo Blanch 1991. p. 432; OCTAVIO DE TOLEDO, E./HUERTA TOCILDO, S.: Derecho Penal. P.G., teoría jurídica del delito. Madrid, Rafael Castellanos 1986. p. 335; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte General, p. 139 y pp. 147-148; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Aspectos generales de la imputabilidad, en Actual doctrina de la imputabilidad penal. Estudios de Derecho Judicial, N° 110, 2007, pp. 23 y 24.

[11] COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. P.G. Tirant lo Blanch 1991, p. 432.

BACIGALUPO: "*La culpabilidad es, entonces, consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena. Los elementos que integran la capacidad, en la que se funda la culpabilidad, son: a)* ***La posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto****. b) La posibilidad de motivarse de acuerdo con ese conocimiento –capacidad de motivación en sentido estricto-. Dicho de otra manera: una persona es capaz de motivarse por el derecho si pudo conocer la desaprobación jurídico penal y si además pudo motivarse de acuerdo a ese conocimiento"*[12].

BUSTOS: **"*El juicio de imputabilidad no es de carácter abstracto o general,*** *sino siempre* ***individual y concretado a una situación determinada****,* ***a un hecho determinado*** *(no puede referirse ni al futuro ni al pasado –tendencia ínsita a la defensa social y a las medidas de seguridad en un sistema binario o de la doble vía-)"*[13].

II. ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD

De los textos de autores alemanes y españoles antes transcritos, no cabe duda ninguna que la imputabilidad estaría conformada, para la doctrina dominante, por dos elementos o dimensiones: una intelectual-valorativa que se expresa en la capacidad de reconocer el carácter ilegal, prohibido o injusto de un hecho y, una volitiva que se manifiesta en la capacidad de autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor.

A esta altura nos interesa destacar el aspecto valorativo de la imputabilidad y no meramente cognoscitivo de la realidad. Para esto, nos apoyamos en la declaración que en ese sentido hace MIR PUIG cuando señala: "*Según la* ***doctrina dominante*** *en la actualidad, la* ***imputabilidad*** *requiere dos elementos: a) la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y b) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento". Ambos elementos se exigen expresamente por el Derecho penal alemán (parágrafo 20 StGB y parágrafo 3 de ley de Tribunales de Jóvenes). También se recogen en el Art. 20, 1º y 2º del actual CP español."*

"*Esta caracterización de la imputabilidad ha venido a sustituir la* ***noción históricamente anterior*** *de la misma, como capacidad de conocer y querer. Se ha advertido que también los inimputables pueden conocer y querer el hecho"... "Para*

[12] BACIGALUPO, E.: Lineamientos de la teoría del delito. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, p. 134.
[13] BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de derecho penal: P. G. Barcelona Ariel c1989. p. 332.

*que **se halle ausente lo específico de la imputabilidad** hoy se suele, pues, exigir que el sujeto que ha realizado un comportamiento humano (con consciencia y voluntad) antijurídico, sea **incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo** o de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión. Falta lo primero cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental en que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho" Falta lo segundo cuando el sujeto es incapaz de autodeterminarse, de autocontrolarse, con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho. Si no concurre el primer elemento relativo a la comprensión de lo injusto, tampoco concurrirá el segundo; pero puede concurrir la suficiente capacidad de entendimiento y hallarse ausente el elemento de autocontrol según dicho entendimiento*".[14]

III. LA CONCIENCIA DE LO ILÍCITO EN LA DOCTRINA

Si revisamos la doctrina alemana, española y peruana sobre el tema, nos encontramos con las siguientes afirmaciones:

1. La doctrina alemana

WELZEL: "*Objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener **conciencia de la antijuridicidad de la acción** y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido**.** Al autor le resulta más fácil la posibilidad de autodeterminación conforme a sentido cuando conoce positivamente la antijuridicidad, indiferente de si esta conciencia es actual al momento de comisión del hecho o pueda actualizarse de inmediato."*[15]

JESCHECK: "*En todo caso, el objeto de la conciencia de lo injusto no es el conocimiento del precepto jurídico vulnerado ni la punibilidad del hecho (BGH 15, 377 [382 y ss.]). Basta, por el contrario, que el autor sepa que **su comportamiento** contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se halla prohibido jurídicamente. En otras palabras, es suficiente el conocimiento de la antijuridicidad material, como "conocimiento al modo del profano" (BGH 10, 35 (41)).*"[16]

[14] MIR PUIG, S.: Derecho Penal. PG, 4ª, 1996, p. 571.
[15] WELZEL, H.: Derecho penal alemán, 11.ª. p. 195
[16] JESCHECK, H-H. Tratado, 1981, p. 624.

MAURACH: "*Delito es acción, un proceso típicamente antijurídico, que se reprocha al autor por haber podido conocer el injusto de su hacer. "…los dos elementos de la culpabilidad, esto es,* ***imputabilidad y posibilidad de conocimiento del injusto, no son independientes entre sí; el último no es más que la concreción del primero.*** *Como capacidad "constitucional" de culpabilidad,* ***la imputabilidad constituye el presupuesto indispensable para que el autor, en su situación concreta referida a la acción respectiva, pueda conocer el injusto de este hacer.*** *Ambos presupuestos de culpabilidad son juicios potenciales, juicios sobre la capacidad del delincuente, valoraciones que únicamente se distinguen entre sí por la circunstancia de que mientras* ***la imputabilidad****, como esfera más amplia,* ***está referida constitucionalmente al autor****,* ***el conocimiento del injusto se concreta en el hecho particular****.*"[17]

ROXIN: "*Conciencia de la antijuridicidad significa: el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido (BGHSt 2, 196)".*[18]

Sin embargo, la afirmación de que la antijuridicidad es el objeto del conocimiento del injusto requiere aún una ulterior precisión. En efecto, la antijuridicidad es el punto de referencia de un error relevante conforme al §17 ***no como prohibición abstracta, sino sólo en relación con el injusto concreto del tipo correspondiente.*** *"La conciencia de la antijuridicidad existe cuando el sujeto reconocer como injusto la lesión específica del bien jurídico abarcada por el tipo aplicable" (BGHSt 15, 377)*".[19]

JAKOBS: "*El autor tiene conciencia de lo ilícito cuando lo ilícito le es conocido actualmente en el momento del hecho y* ***de modo especificado,*** *aun cuando sólo sea condicionadamente".*

"***Consciencia del injusto significa conocimiento del injusto específico, no de cualquier injusto.*** *El que el autor sea responsable de una infracción normativa o el que se pueda distanciar de ella, ha de decidirse para cada norma en concreto: en esto consiste la llamada divisibilidad de la consciencia de la consciencia del injusto*."[20]

[17] MAURACH, R. Tratado de Derecho Penal. Traducción de Juan Córdoba Roda, T. II, Ed. Ariel, Barcelona, 1962. Pp. 144 y 145

[18] ROXIN, C. Derecho penal. PG., 1997, p. 866

[19] ROXIN, C. Derecho penal. PG., 1997, p. 869.

[20] JAKOBS, G.: Derecho Penal. PG., 1995, p. 670.

2. La doctrina española

MIR PUIG: "*Reina acuerdo en la doctrina actual en requerir para la presencia de delito que el sujeto sepa o pueda saber que* ***su hecho*** *se halla prohibido por la ley. No basta que quien actúa típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que* ***su actuación se halla prohibida.*** *Es preciso, en otras palabras, el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho."*[21]

MUÑOZ CONDE: "***El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido. La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones.*** *Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad."*[22]

Este conocimiento de la antijuridicidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia." ...Esto no quiere decir, sin embargo, que el autor deba tener en el momento del hecho una ***conciencia exacta de que su hecho está prohibido; es suficiente con que, de acuerdo con su formación, nivel cultural, etc., se represente dicha ilicitud como posible y, a pesar de ello, actúe.*** *Si el sujeto desconoce la antijuridicidad de su hacer, actúa entonces en error de prohibición."*[23]

BACIGALUPO: "*La capacidad de motivación es la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber, que requiere:*

a) La capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal.

b) La capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión."[24]

"*La primera condición de la capacidad de motivarse por el derecho (penal) es* ***la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho cometido.*** *"Tener*

[21] MIR, S.: Derecho penal. PG.. Barcelona PPU Promociones Publicaciones Universitarias, 1996, p. 553.
[22] MUÑOZ CONDE, F. Teoría general del delito. Bogotá, Colombia TEMIS 1984. p. 134.
[23] MUÑOZ CONDE, F. *Ob. cit.*, p. 160.
[24] BACIGALUPO, E.: Derecho Penal. PG., Ed. Hammurabi, 1999, p. 446 y 447.
[25] BACIGALUPO, E. *Ob. cit*., pp. 425 y 426.

la posibilidad de conocer la punibilidad es tener la posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero no significa que se requiera también el conocimiento de la gravedad de la amenaza: ***es suficiente que el autor pueda saber que realiza un hecho que está amenazado con pena****; su error sobre la cuantía de la pena no es relevante. La razón que explica la irrelevancia del hecho sobre la gravedad de la pena, sin embargo, reside en que* ***lo que el autor debe haber podido conocer es la desaprobación jurídico-penal*** *y ésta depende de la punibilidad, no de la gravedad de la pena."*[25]

OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: "*El conocimiento por parte del autor* ***del carácter antijurídico de su conducta o, mejor, la posibilidad de que alcance dicho conocimiento (cognoscibilidad de la antijuridicidad)*** *es un elemento indispensable de la atribuibilidad. Esta afirmación se deriva de considerar que dicha posibilidad de conocimiento es una condición sine qua non para que el individuo acceda al sistema jurídico-penal de prohibiciones y mandatos y experimente su influjo*."[26].

GÓMEZ BENÍTEZ: "*Tras la constatación de la imputabilidad del sujeto no procede preguntarse sobre si actuó dolosa o imprudentemente y, en consecuencia, sobre si conoció o no la antijuricidad del hecho en el momento de realizarlo, sino que ahora habrá que preguntarse sólo sobre* ***si el sujeto podía haber conocido la antijuricidad del hecho, o no.*** *Es decir, que la condición para poder emitir el juicio de reproche o culpabilidad es –además de la imputabilidad- el conocimiento potencial de la antijuricidad.* ***Las consecuencias inmediatas de ello son: 1) no hay culpabilidad si el sujeto, no sólo desconoció la antijuricidad del hecho que realizaba (error de prohibición), sino que tampoco podía haberla conocido (error invencible o inevitable de prohibición), y 2) por el contrario, hay culpabilidad tanto si el sujeto conoció la antijuricidad de lo que hacía, como si la desconoció pero pudo haberla conocido (error vencible o evitable de prohibición).*** *En este último caso hay culpabilidad aunque disminuida: el error vencible de prohibición es una causa de disminución de la culpabilidad y, en consecuencia, de atenuación."*[27] .

BUSTOS: "*En definitiva,* ***entonces la conciencia del injusto es la del injusto realizado****. Es decir, hay que partir de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base ya de la imputabilidad del sujeto, el derecho podría exigir*

[26] OCTAVIO DE TOLEDO, E./HUERTA TOCILDO, S. Derecho penal. PG. Teoría jurídica del delito. Madrid Rafael Castellanos 1986. p. 305

[27] GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. Teoría jurídica del delito: derecho penal. PG. Madrid Civitas, 1984. p. 486.

al sujeto una determinada comprensión del injusto. Ahora bien, la conciencia del injusto en cuanto es conciencia exigible es totalmente graduable, conforme a las circunstancias de cada caso concreto."[28].

M. LUISA MAQUEDA: "*La imputabilidad es la capacidad de comprenderla ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión". "Por otra parte,* ***la afirmación de inimputabilidad no puede ir referida a cualquier delito en abstracto sino que debe guardar relación con la infracción concretamente realizada, pues respecto de ella que debe ponderarse la capacidad de comprensión y de autoconducción del autor***"[29].

ZUGALDÍA: *"…culpable es el autor que ha podido actuar de otro modo por haber sido accesible al mandato normativo…Dicho de otro modo: culpable es el autor que ha podido comportarse con arreglo a Derecho y no lo ha hecho a pesar de haber sido accesible al mandato normativo*"[30]. Más adelante el autor señala: "*La primera condición de la posibilidad de motivarse por el Derecho (penal) es que el autor haya tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho cometido (conciencia potencial de la ilicitud del hecho): esto significa que para ser culpable el sujeto ha de haber tenido la posibilidad de saber que lo que hacía no estaba jurídicamente permitido, sino prohibido, esto es, que constituía un ilícito, una acción prohibida y no justificada. Esta posibilidad desaparece –y queda excluida la culpabilidad- cuando el autor actúa con error de prohibición invencible (art. 14, 3CP)."*[31]

IV. POSICIÓN PERSONAL

Presupuestos para el análisis. Nuestra reflexión tiene dos presupuestos: a) **reconocimiento del principio de la culpabilidad por un hecho** el que supone que aquella sólo se puede predicar de un autor determinado respecto de un hecho típico y antijurídico concreto o específico (v.gr. homicidio calificado, robo, violación o apropiación indebida); y b) los **elementos, estructura y contenido de la culpabilidad**, lo cual, para la doctrina dominante implica examinarlos en el siguiente orden sistemático: b.1) la imputabilidad, b.2) establecida aquella, procede examinar la

[28] BUSTOS RAMÍREZ, J., *Ob. cit.* p. 336

[29] MAQUEDA, M. Luisa, La culpabilidad (II) en: Zugaldía (dir.), Derecho Penal. PG., 2.ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 627 y 629.

[30] ZUGALDÍA, J.M., La culpabilidad (I), en: Zugaldía (dir.), Derecho Penal. PG., 2.ª, 2004, p.604.

[31] ZUGALDÍA, J. M., en: Zugaldía (dir.), Derecho Penal. PG., 2.ª, 2004, p. 607.

conciencia de lo ilícito (o bien, los neocausalista, el dolo o imprudencia) y b.3) el contexto situacional normal (o exigibilidad).

1. A nuestro entender, la doctrina penal comparada **no ha explicitado con claridad el contenido, sentido y alcance de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad.** Se ha limitado a señalar que ella implica la <<comprensión de lo ilícito del hecho>>, **sin precisar el nivel o profundidad de dicha comprensión.** Si bien postulan diversos alcances o proyecciones (v.gr. conciencia que el hecho es contrario a las normas sociales, que es ilegal o que tiene implicancia jurídico-penal), la idea común compartida por todos es que **la imputabilidad siempre está referida al hecho (delictivo) concreto, aunque, sin precisar el alcance de esta afirmación.**

Para ilustrar esto tengamos a la vista expresiones tales como las formuladas por ROXIN quien al tratar de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad señala: "**La incapacidad de comprensión y de inhibición no se han de constatar en abstracto, sino siempre sólo respecto de la concreta realización típica."**[32] Más adelante, cuando se refiere al error de prohibición afirma: "…la antijuridicidad es el punto de referencia de un error relevante conforme al § 17 no como prohibición abstracta, sino sólo en relación con el injusto concreto del tipo correspondiente"[33] ; otras manifestaciones semejantes: "comprender **lo ilícito de su hacer**…"; "No existe una incapacidad de imputabilidad genérica, que simplemente excluya las facultades de comprensión y de dirección, **sin referencia concreta alguna**"; "La conciencia de lo ilícito, en tal sentido, debe estar **"referida al tipo"** (BGH 10,35); esto es, que el autor esté en situación de **reconocer como ilícito la específica violación del bien jurídico que abarca el respectivo tipo penal** (BGH 15, 383, y BGH VRS, vol. 39, 96)" (MAURACH); "lo específico de la imputabilidad hoy se suele exigir que el sujeto que ha realizado un comportamiento humano (con consciencia y voluntad) antijurídico, **sea incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo…**no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho." (MIR PUIG); "capacidad de **valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado**…" (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN); o bien "el autor haya podido comprender la **desaprobación jurídico-penal del hecho**…" (BACIGALUPO). De estas declaraciones, llegamos a la conclusión que para la doctrina dominante **la comprensión de lo ilícito está referida al**

[32] ROXIN, C.: Derecho penal. PG, 1997, p. 838.
[33] ROXIN, C.: Derecho penal. PG, 1997, p.869

hecho típico concreto protagonizado por el autor, lo que nos parece absolutamente razonable. Lo que la doctrina no aclara es **el grado de concreción o profundidad de la comprensión de lo ilícito que se presume por el legislador penal en relación al hecho típico perpetrado por el autor imputable. Las** frases o sentencias gramaticales empleadas por los distintos autores son idénticas para referirse a contenidos valorativos distintos, dimensión valorativa de la imputabilidad o conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad, que no logran establecer con precisión su diferencia y, por eso mismo, cabe preguntarse ¿el contenido del objeto de estudio es el mismo? y, si es uno diferente, ¿cuál es en cada uno de ellos? Lo que si tenemos claro es que la exigencia valorativa, en los dos elementos que conforman la culpabilidad, no puede ser la misma porque, en ese caso, dicha exigencia sería algo tautológico y sin sentido. De las expresiones empleadas por los autores, pareciera que la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad, que el legislador penal presume implica que **el autor puede reconocer el carácter ilegal o antijurídico de la conducta típica concreta ejecutada.** Si esto es así, surge la pregunta: ¿cuál es la diferencia entre esta dimensión valorativa de la imputabilidad con la conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad? Pareciera que esta confusa exigencia repetitiva podría explicar el que un sector de la doctrina sea partidaria de reducir la imputabilidad al conocimiento y a la exigibilidad. En este sentido, HIRSCH[34] parte de entender que la culpabilidad consta de dos elementos, el intelectivo, sobre el que incide el error de prohibición, y el volitivo que se ve excluido en los casos de inexigibilidad. La imputabilidad se articularía respecto del error y de la exigibilidad según una relación de especialidad y en donde las causales de inimputabilidad no serían sino supuestos especiales (con base psicopatológica) de error sobre la prohibición o de causales de inexigibilidad, razón por la cual, la imputabilidad no debería ser considerado como un elemento autónomo dentro del juicio de culpabilidad.

2. La imputabilidad, como capacidad de culpabilidad, es una condición que el legislador presume, al igual que la capacidad política, laboral o civil. La imputabilidad penal es una especie de estado o condición personal del sujeto, independiente de que éste actúe o no, no deberían olvidar que el legislador penal presume su existencia y, por eso mismo, no es algo que se deba probar en cada caso concreto, en cambio, lo que sí es preciso acreditar, si se alega como defensa, es la existencia de una causal de

[34] HIRSCH, H.J., ZStW, 1994, p.747, citado por Lucía MARTÍNEZ G.: La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos. Ed. Tirant Monografías, 2005, p.110.

inimputabilidad. En consecuencia ¿qué duda cabe que la imputabilidad penal es un estado o condición personal si el legislador penal presume su existencia? Negar que la imputabilidad es una cualidad o condición que el legislador presume en toda persona mayor de 18 años significaría que aquella capacidad de culpabilidad, aunque presumida, no existe y que sólo la resolución delictiva de una conducta típica y antijurídica determina su existencia y que, antes de ello, no habría nada ¿generación espontánea? ¿Autocreación de la capacidad de culpabilidad? De ser esto último cierto, cabe preguntarse ¿qué sentido tiene el que el legislador presuma la existencia de una capacidad a partir de cierta edad si dicha capacidad no es un atributo de la persona al igual que su nombre, estado civil, domicilio o capacidad para contratar? ¿estaríamos frente a una presunción carente de contenido y de sentido? Si, como sostienen algunos, la realización de un delito determina, a partir de ese instante, la existencia de la imputabilidad es precisamente porque ésta existía con anterioridad a la resolución delictiva, de manera latente o potencial y esto es precisamente lo que el legislador penal presume en toda persona mayor de 18 años. La persona, a partir de cierta edad, se la presume poseedora en forma latente o virtual de cierta condición o capacidad (penal, laboral, civil o política) la que se actualiza cuando el sujeto ejecuta un delito (o suscribe un acto o contrato o ejerce su derecho a sufragio). En otras palabras, la imputabilidad en tanto estado o condición, supone una capacidad general latente o virtual (presupuesto de la culpabilidad) y, cuando el autor realiza un hecho delictivo, dicha capacidad general se actualiza y concreta, transformándose en un requisito o elemento de la culpabilidad.

La imputabilidad es elemento de la culpabilidad en cuanto se entienda por ésta el juicio de reproche personal dirigido contra el autor de la conducta ilícita. Y, bajo este respecto, ya no resulta incompatible decir que la imputabilidad es una capacidad general, pues todo juicio, si bien versa sobre un objeto, éste se imputa a un sujeto y, por lo mismo, no significa que se desvincule al sujeto del hecho. Por lo además, quedan dos elementos más en la estructura de la culpabilidad que es preciso establecer y que están referidos al hecho delictivo concreto perpetrado por el autor. Al sostenerse que la imputabilidad es presupuesto se quiere decir que la imputabilidad, sin perjuicio de reflejar una concreta relación entre el sujeto y el hecho delictivo cometido es, además, una característica personal, un estado o condición del sujeto. Ahora bien, que se afirme que la imputabilidad es capacidad general no significa aceptar un Derecho penal de autor, porque, **de conformidad al "principio de responsabilidad por el hecho", la**

culpabilidad siempre está referida al hecho delictivo perpetrado, aunque, esto último no obliga v.gr. a agotar el estudio de la comprensión de lo ilícito en sede de imputabilidad. Es preciso dejar un contenido de esto pendiente para ser investigado en el siguiente elemento de la culpabilidad (conciencia de lo ilícito o dolo).

3. En relación a la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad penal.

Partimos del supuesto de aceptar la discriminación entre objeto de valoración y valoración del objeto. Una cosa es la existencia real de un objeto y otra muy diferente es la apreciación, estimación o valoración que nos merezca dicho objeto v.gr. bueno o malo, bonito o feo, útil o inútil, lícito o ilícito. En un plano de orden lógico, **cosa previa a toda valoración es el establecimiento y conocimiento del objeto de la valoración**. Situada la distinción en el plano jurídico-penal, **la valoración de una conducta como lícita o ilícita exige, de manera previa, la existencia y conocimiento del objeto sobre el que recaerá aquella**; de no ser así, ¿sobre qué recaería dicha valoración? Ahora bien, **el objeto de la valoración no puede ser sino el hecho (típico) conocido en forma previa.** Por lo tanto, el conocimiento del hecho jurídico-penalmente relevante es el del tipo penal. A esta altura, todo pareciera indicar que, para la doctrina absolutamente dominante, **el conocimiento del hecho (típico) a ser valorado como contrario a Derecho** (injusto, ilícito o antijurídico) **no es parte integrante de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad** toda vez que al conceptualizarla nunca se refiere expresamente a ello (objeto de la valoración) y la restringe a la capacidad de valorar el carácter prohibido del hecho (valoración del objeto). Por ello nos parece que, terminológicamente, al referirnos a los elementos o dimensiones que conforman la imputabilidad, bien como presupuesto o elemento de la culpabilidad, lo correcto es afirmar que ella pose una dimensión "valorativa": **capacidad del titular para comprender (reconocer) la "ilicitud del hecho",** y no limitar dicha capacidad a lo meramente intelectual o cognoscitivo. En efecto, lo propio y característico de esta dimensión de la imputabilidad es ser una capacidad valorativa, **capacidad de "valorar o enjuiciar un hecho como lícito o ilícito".**

4. La imputabilidad penal ¿capacidad general o especial?

Actualmente se sostiene, por la doctrina absolutamente dominante, que la imputabilidad no puede ser concebida como una capacidad general pues se encuentra íntimamente ligada al hecho concreto. Para esto, argumentan que es una exigencia

unánimemente compartida por la doctrina que **la inimputabilidad ha de ser establecida respecto de un hecho concreto cometido por el sujeto.** Por ello, sostener que la imputabilidad es ***capacidad general*, sería volver a un Derecho penal de autor.**

Este es sin duda uno de los aspectos más relevantes de revisar, pues de esta dependencia al hecho concreto, se niega el carácter general de la capacidad de comprensión. Al respecto se señala que esto no sólo se deriva de la redacción legal positiva "comprensión de la ilicitud del hecho" (Art. 20 1° CP) sino que resulta obvio, pues al ser un elemento de la culpabilidad, se trata de un juicio de reproche de la conducta típica antijurídica concreta. Por lo tanto no puede desligarse de tal hecho (concreto).

A esta altura y desde nuestro personal punto de vista, es necesario hacer algunas precisiones terminológicas a fin de evitar desinteligencias en un tema, de por sí, discutible. En efecto, nos parece que toda la doctrina está "obligadamente" de acuerdo que, por decisión del legislador alemán o español, acertada o equivocada, el contenido de la imputabilidad dice relación con una cierta capacidad del sujeto para "comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión". Sobre dicha base, somos de opinión que lo correcto es afirmar que la imputabilidad estaría integrada por una dimensión "**valorativa"** que le permite a su titular enjuiciar (discriminar, valorar o estimar) lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito, lo permitido de lo prohibido, y no limitarse a señalar que dicho elemento o dimensión es algo puramente cognoscitivo o meramente intelectual como si del dolo (neutro o avalórico) se tratara. **Lo propio y característico de esta dimensión de la imputabilidad es la capacidad (valorativa) que tendría el sujeto para "reconocer valorativamente" como lícito o ilícito hechos en la vida de relación. De igual manera, la dimensión volitiva o conativa de la imputabilidad, se expresa en la capacidad que toda persona normal o común y corriente posee para autodeterminarse conforme a Derecho, sentido o valor.** En consecuencia, para ser imputable es preciso disponer de ambas dimensiones (intelectual-valorativa y conativa de autodeterminación conforme a Derecho); por ello, la inimputabilidad se configurará de existir un compromiso serio o grave de cualquiera de aquellas dimensiones o de ambas que anule aquella capacidad legal presumida.

Sobre la base de las dos dimensiones recién señaladas, es factible reflexionar el por qué, a nuestro entender, es objetivamente razonable sostener que la imputabilidad es una **"capacidad valorativa de carácter general":**

a) A nuestro juicio, lo más importante para postular que la imputabilidad es una capacidad general, dice relación con **el contenido que el legislador presume (o mejor, puede presumir) en su dimensión valorativa.** Tal como ya lo hemos manifestado, a nuestro entender, el contenido no puede ser sino uno de carácter general: una persona imputable es **capaz de reconocer, en términos generales, el carácter ilícito esencial, básico o nuclear de un comportamiento o hecho** (v.gr. el apoderarse de cosas ajenas sin la voluntad del dueño es ilegal, norma que inspira a los delitos contra la propiedad o la satisfacción del impulso sexual sin contar con el consentimiento con quien se pretende es ilegal). Sostener que el contenido presunto de la comprensión de lo injusto integrante de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad implica la conciencia del disvalor propio y completo del hecho típico realizado y por el que se está procesando al inculpado v.gr. apropiación indebida, acoso sexual, desórdenes públicos o un determinado delito fiscal o contra el medio ambiente, nos parece absurdo, arbitrario y carente de todo fundamento objetivo. Cosa distinta es **averiguar, posteriormente, y sobre aquella base valorativa general o básica, si la persona era capaz de "reconocer una determinada modalidad de ataque al bien jurídico involucrado"** (v.g. el disvalor propio y especial de la conducta constitutiva de apropiación indebida tratándose de delitos contra el patrimonio), lo cual es el contenido propio a indagar del segundo elemento de la culpabilidad (conciencia de lo injusto o del dolo, según se siga la sistemática finalista o neocausalista).

***b)* Si el legislador penal presume la imputabilidad a partir de cierta edad, dicha presunción debe tener, necesariamente, un fundamento objetivo**; de lo contrario, no sería razonable ni justa. ¿Se puede presumir, con fundamento objetivo, que toda persona mayor de 18 años puede "reconocer" como un hecho ilícito todos y cada uno de los delitos existentes en los diversos ámbitos de lo penal? ¿Tendría fundamento objetivo si aquella presunción sólo se limitara a los abogados? No hay que olvidar que la presunción simplemente legal postulada por el legislador penal, sólo puede ser destruida acreditando alguna causal de inimputabilidad expresamente establecida. Piénsese v.gr. en algún delito especial del área laboral, tributaria o medio ambiental y, según la visión que criticamos, la ley penal presumiría que el inculpado podía reconocer y valorar su conducta en el campo laboral o tributario como ilícita o prohibida, a no ser que pruebe v.gr. anomalía o alteración psíquica o alteración de la conciencia de la realidad ¿?

Parece discutible concebir la imputabilidad referida siempre a un delito específico en el sentido de conciencia valorativa de una conducta típica determinada. Creemos más adecuado sostener que la imputabilidad es una condición o estado, de carácter permanente, en cuya virtud la persona tiene una capacidad valorativa de carácter general que el legislador presume y que está **referida, únicamente, al injusto material general de la norma, en el sentido de aquello que es básico, esencial o nuclear, que inspira un determinado ámbito penal** (v.gr. delitos contra la vida, delitos contra la salud, delitos contra la propiedad, delitos societarios, delitos laborales o delitos tributarios). La imputabilidad, en cuanto capacidad general, implica "un ámbito de reconocimiento de lo lícito-ilícito real o efectivo".

Lo que se puede presumir, con fundamento objetivo, es que a partir de cierta edad la persona, sobre la base de un desarrollo bio-psico-social normal, posee una capacidad para "reconocer y valorar", en términos reales y con carácter general (global, básico, nuclear, esencial o fundamental) como prohibido o permitido aquellas conductas que quebranten cierta norma v.gr. la apropiación de bienes ajenos sin la voluntad del dueño es ilegal, norma penal que inspira todos los tipos penales de los delitos contra la propiedad, o bien, la satisfacción de la libido sexual sin el consentimiento de la persona con que se pretende es ilegal, norma que inspira los tipos penales de los delitos sexuales, etc. **Este "reconocimiento valorativo" es de carácter general, básico y común a un grupo o área de delitos, razón por la que se puede presumir con fundamento real y objetivo.** En consecuencia, una persona bien puede ser imputable en un determinado campo v.gr. delitos contra la vida o contra la propiedad y no serlo en otro v.gr. delitos laborales o tributarios. En cambio, partir del supuesto que toda persona mayor de cierta edad es imputable respecto de cualquier clase de delito, en cuanto hecho típico e injusto en concreto, a no ser que acredite una causal de inimputabilidad, nos parece una pretensión no-razonable y carente de fundamento empírico. Lo que se puede presumir es un "reconocimiento general y de lo básico" de la norma que inspira un tipo penal en los términos antes señalados pero, en modo alguno, las "diversas modalidades de ataque tipificadas" por el legislador.

***c)* Desde una dimensión espacio-temporal, la imputabilidad es una capacidad que la persona posee en forma "estable y, por regla general, de manera permanente"**, por ello, el legislador penal la presume de la generalidad de las personas a partir de cierta edad. En efecto, el legislador penal presume que dicha capacidad la

posee toda persona que ha tenido un desarrollado bio-psico-social normal, al igual que la capacidad que toda persona posee para hablar, moverse o la capacidad civil para contratar**,** capacidades que existen, aunque, la persona en un momento dado no hable ni se mueva o no celebre contrato alguno. De allí que hemos sostenido que "la imputabilidad es una capacidad general que existe o no existe, independiente de si el actor actúa o no".

Dentro de la precisión terminológica y a fin de evitar malos entendidos es preciso aclarar que, a nuestro entender, si bien **la imputabilidad en cuanto capacidad general se posee en un marco espacio-temporal de carácter permanente, el marco o contexto espacio-temporal en el que se configuran las causales de inimputabilidad es siempre acotado al escenario donde tuvo lugar la perpetración del hecho(s) delictivo(s) concreto o determinado.** Por ello, toda vez que la culpabilidad penal siempre está referida a un hecho delictivo concreto, la inimputabilidad puede ser de carácter más o menos permanente o transitorio; en cambio, la imputabilidad, en cuanto estado o condición presumido por el legislador penal, es permanente y, por esto, de carácter general. Cuando la doctrina dominante afirma que el problema de la imputabilidad/inimputabilidad no es algo de carácter abstracto, porque la formalización o procesamiento del inculpado siempre está referido a un delito concreto, dicha afirmación es en sí correcta. En efecto, la imputabilidad es una capacidad estable; la inimputabilidad, en cambio, siempre está referida a un momento acotado en la vida del sujeto y en el que tuvo lugar el hecho delictivo. No obstante, esto último no puede llevar, necesariamente, a postular que el contenido, sentido y alcance de la dimensión valorativa de la imputabilidad sea el mismo que es preciso investigar o analizar en la conciencia de lo injusto como segundo elemento de la culpabilidad en la sistemática finalista o como integrante del dolo en la concepción neocausalista.

***d)* Se nos dirá que el reconocimiento y valoración de carácter general y común a un área de delitos no logra colmar el injusto particular de los distintos tipos, olvidándose con ello, que la culpabilidad lo es por un hecho típico concreto** y, por ello, la dimensión valorativa quedaría incompleta.

No obstante, el temor recién mencionado no tiene fundamento objetivo. En efecto, el estudio sobre la valoración del hecho típico en concreto, es decir **la comprensión de su prohibición se puede escindir en dos niveles: uno básico o general y otro específico o concreto.** A la imputabilidad pertenece el nivel básico o general y que

concurre cuando el sujeto tiene conciencia de la norma penal que subyace a todos los tipos de una determinada área: **conciencia del injusto legal básico, general y común de un determinado ámbito.** En los delitos contra la propiedad, la conciencia de lo ilícito existe si el actor sabe, conoce o se puede representar antes de actuar que la apropiación de cosas ajenas sin la voluntad del dueño es ilegal; o bien en los delitos sexuales, si el autor sabe, conoce o se puede representar que la satisfacción de su libido sexual sin el consentimiento de la persona con quien pretende dicha satisfacción, es algo ilícito. El segundo nivel, de naturaleza concreta o específica, **está referido al hecho típico perpetrado por el sujeto y que implica una determinada modalidad de ataque al bien jurídico protegido** (v.gr. apropiación indebida si se trata de un delito contra la propiedad, o de un acoso sexual si estamos frente a un delito sexual). Este segundo nivel de conciencia de lo injusto no pertenece a la imputabilidad sino al elemento conciencia de lo injusto en la sistemática finalista o bien al dolo en la concepción neo-causalista. En efecto, no olvidemos que para ambas concepciones sistemáticas, la conciencia de lo injusto (como segundo elemento de la culpabilidad o como elemento integrante del dolo) está referida al hecho típico concreto perpetrado por el autor. Esto es meridianamente claro si se postula un concepto valorativo del dolo (*dolos malus*)

5. Imputabilidad y su relación con la conciencia de lo injusto (o el dolo).

No cabe duda que es preciso determinar la vinculación y/o diferencia entre el elemento valorativo de la imputabilidad (comprensión de la ilicitud del hecho) (v.gr. Art. 20 Nº 1 y 2 del CP español) y la conciencia de lo ilícito como elemento integrante, aunque, distinto de la culpabilidad penal (Art. 14.3 del CP español). Algo semejante se puede plantear entre el elemento volitivo de la imputabilidad (capacidad de autodeterminación conforme a sentido) y la autodeterminación que está en la base del contexto situacional normal.

a) Sobre la base de lo recién señalado, queremos hacernos cargo de la posición sustentada por URRUELA[35] en su excelente trabajo sobre la imputabilidad y en el que señala que, a su juicio, la diferencia entre la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad y la conciencia de lo injusto como segundo elemento de la culpabilidad

[35] URRUELA, A. Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética. Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano- Comares, 2004, p. 166.

radicaría en que, mientras en la primera el conocimiento de lo ilícito del hecho concreto estaría en potencia, en el segundo elemento de la culpabilidad, estaría en acto.

Para comenzar, es preciso determinar el sentido y alcance de los términos empleados. Una vez más, permítasenos acudir a la analogía. Quien sabe bailar sevillana o tango, cuando esa persona quiera, puede efectuar los movimientos o pasos propios de aquellos bailes. Si el sujeto se encuentra sentado, escucha la música y decide bailar tango ¿es correcto decir que los movimientos de dicho baile estaban en potencia? Tenemos la absoluta certeza que nadie discutirá que aquello estaba en potencia. O bien si al lector de este trabajo se le pregunta cuánto es 5 x 8 y él nos responde 40. La memorización de las tablas de multiplicar se encuentra en el sujeto en ¿acto o potencia? Por otro lado, si un estudiante de Derecho que nunca ha realizado estudios sobre Biotecnología, por eso mismo, hasta ese momento ignora lo que es la <<terapia génica>>, aunque, si toma una asignatura sobre aquellas materias, sí podrá saber el contenido y alcance de la expresión <<terapia génica>>. Esto último, la ignorancia sobre un tema u objeto pero que, eventualmente, podría ser reemplazada por el conocimiento de aquello ¿es correcto afirmar que se encuentra en potencia? Personalmente creo que sólo aquello que un sujeto conoce (p. ej. la memorización de la tablas de multiplicar) o tiene la habilidad o destreza (p. ej. para bailar o conducir un vehículo) se encuentra en él, como un ente real o efectivo, aunque, en potencia.

A nuestro entender, toda persona que se presume imputable v.gr. mayor de 18 años, que ha vivido un proceso de desarrollo bio-psico-social normal ha aprendido un conjunto de principios, valores y patrones de conducta socialmente adecuados, razón por la cual, cuenta con una "**conciencia valorativa implícita"** cuyo nivel de funcionamiento permanece en un **estado de latencia preconsciente** y, por lo mismo, puede ser actualizado posteriormente. Sobre esta base, **nos parece más adecuado hablar de "reconocer" (y no simplemente de "conocer") el carácter ilícito o lícito de un hecho.** En este ámbito ocurre algo parecido a lo que PLATZGUMMER denominó "co-conciencia" no reflejada al tratar del conocimiento en el dolo. En otras palabras, sólo quien conoce efectivamente las tablas de multiplicar o los pasos o movimientos de la sevillana o tiene la habilidad o destreza para conducir un vehículo puede ejecutar operaciones matemáticas, bailar sevillana o manejar un coche. Por otro lado, quien ignora lo que es en la construcción de un edificio el "hormigón armado", o las tablas de

multiplicar, o carece de la destreza para bailar o conducir un vehículo, no puede ejecutar o "actualizar" aquello cuya habilidad carece o cuyo conocimiento ignora.

Sobre el particular, URRUELA[36] postula que la discriminación debe hacerse sobre la base de "capacidad de comprender la ilicitud del hecho" (elemento de la imputabilidad) y "conocimiento de la ilicitud del hecho" (elemento de la culpabilidad), advirtiendo que, en ambos casos, el objeto sería el mismo: la ilicitud del hecho, razón por la que no es posible buscar en él un criterio discriminador. Para dicho autor, la "capacidad de comprender" no es sino la "facultad (posibilidad) de entender el carácter prohibido de la conducta concretamente realizada, basada en un desarrollo bio-psicológico normal del sujeto. *"Se trata pues de una capacidad de comprender en abstracto (no necesariamente ejercitada, puesto que la actualización efectiva de la misma implica el conocimiento), pero referida a un objeto determinado:* ***la ilicitud del hecho concreto.*** *Por su parte, el <<conocimiento de la ilicitud>> sería el ejercicio de aquella <<capacidad>>, permitiéndole al sujeto "adquirir un conocimiento efectivo del carácter prohibido de su actuación". "Un ejemplo de lo anterior vendría determinado por la situación concreta de aquel sujeto considerado absolutamente normal desde un punto de vista bio-psicológico (lo que se materializa en la no concurrencia de ninguna causa de inimputabilidad en dicha persona), y por lo tanto, capaz de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión, pero, que por haber vivido durante la mayor parte de su existencia sin apenas contacto con la realidad social, desconoce el carácter antijurídico de conductas efectivamente prohibidas por la ley penal. En este caso, concurriría la capacidad de comprender la ilicitud del hecho, y, en consecuencia, la imputabilidad del sujeto, pero no la cognoscibilidad actual o posible de la antijuridicidad de la conducta, puesto que esta última requiere una condición ulterior: el ejercicio o actualización efectivas de la genérica capacidad implícita en la imputabilidad (capacidad de comprender la ilicitud del hecho)."*

La discriminación formulada por el investigador español antes indicado, entre <<capacidad = posibilidad = potencialidad>> y <<conocimiento = ejercicio o actualización de aquella potencialidad>>, nos merece el siguiente comentario: una <<capacidad = potencialidad = posibilidad>> vacía, carente de todo contenido no puede

[36] URRUELA, A.: Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Ed. Comares, 2004. p. 166.

fundamentar un juicio de culpabilidad. **Toda capacidad, potencialidad o posibilidad debe serlo de "algo" determinado.** Cuando el legislador presume dicha capacidad es porque parte de la base que **una persona con un desarrollo bio-psico-social normal tiene conciencia, representación o ha aprendido, de manera real o efectiva, conceptos, principios o valores básicos de la sociedad y de la cultura en la que se encuentra inmersa;** es decir, que cuenta con un **"patrimonio socio-cultural-valorativo"** que le permite "enjuiciar" hechos o comportamientos.

El ejercicio o actualización efectiva de la genérica capacidad implícita en la imputabilidad sólo es factible si quien pretende ello cuenta, de manera real o efectiva, con el conocimiento previo de aquello que ahora quiere "reconocer valorativamente"; de lo contrario, es imposible. En otras palabras, a nuestro juicio, no nos parece que la imputabilidad sólo demanda la existencia de una persona con un desarrollo bio-psicológico normal. Si dicha persona "*apenas tuvo contacto con la realidad social y por ello, desconoce el carácter prohibido de diversas conductas sancionadas por la ley*", no nos parece que se pueda sostener que sería igualmente imputable por existir "eventualmente" una capacidad futura (no actual) de comprensión (teórica y carente de aprendizaje) sobre la ilicitud del hecho, faltando únicamente, "el ejercicio o actualización de aquella capacidad".

Una vez más, acudamos a la analogía para ejemplificar nuestra idea. El que una persona tenga v.gr., su sistema locomotor y los órganos de los sentidos normales (sin alteraciones patológicas) es condición necesaria, aunque no suficiente, para que en el futuro pueda caminar, correr, saltar o pueda aprender a bailar o bien pueda conocer o reconocer los animales y diferenciarlos de las personas o cosas. Disponer de un sistema locomotor u órganos de los sentidos en buen estado es condición necesaria, pero no suficiente, para que dicha persona pueda bailar flamenco, sevillana o ballet ya que cualquiera de dichas posibilidades demanda un proceso de aprendizaje previo, entonces y sólo entonces, dicha persona podría en el futuro actualizar o ejercer dicha capacidad o posibilidad de actuación. Quien sólo dispone de un sistema sensorial y motor normal pero no ha aprendido a bailar, no puede ejecutar y actualizar aquello que ignora. De igual manera, una persona con un desarrollo bio-psicológico normal pero que no ha estudiado matemáticas elementales ¿podemos decir que es imputable para resolver una operación de multiplicación porque tendría una capacidad teórica y eventual de llegar a saber, en el futuro, aquella operación matemática? A nuestro entender ello no es

posible; sólo sería imputable, en el ámbito de las Matemáticas, aquella persona que, habiendo cursado y aprobado la asignatura de matemáticas elementales, ha aprendido las operaciones básicas de suma, resta, multiplicación y división y, por ello, tiene una capacidad real de ejercicio o actualización para resolver dicha clase de problemas.

Por otro lado, si el conocimiento de la ilicitud del hecho (como elemento distinto de la imputabilidad) es "actualización o ejercicio efectivo de la capacidad implícita en la imputabilidad", dicha actualización debió estar presente o latente en ésta; de lo contrario, ¿cómo podría haberse actualizado algo que no estaba presente en potencia? En pocas palabras, **la imputabilidad, en cuanto "capacidad", exige una conciencia real o efectiva sobre la ilicitud de contenido latente,** por ello a nuestro entender, es una **"conciencia valorativa implícita".** Otra cosa será el nivel, grado o profundidad de dicha conciencia (plena o parcial, general o específica).

b) Pretender postular que la comprensión de lo injusto de un hecho delictivo determinado o concreto (v.gr. apropiación indebida o acoso sexual) se agota en la dimensión valorativa de la imputabilidad nos plantea otra interrogante ¿cuál sería el contenido a investigar y establecer en el segundo elemento de la culpabilidad (conciencia de lo ilícito en la sistemática finalista o en el dolo en la concepción neo-causalista)? Si la comprensión de lo ilícito que integra la imputabilidad está referida a todo el disvalor del hecho típico concreto, al igual que la conciencia de lo ilícito como segundo elemento de la culpabilidad o como integrante del dolo, pareciera que el proceso valorativo integrante de la dimensión intelectual-valorativa de la imputabilidad queda cerrado o completo, razón por la cual, no habría nada más que agregar. En otros términos, **si el referir la imputabilidad al hecho típico concreto, al igual que el segundo elemento de la culpabilidad, la comprensión de la ilicitud sería la misma en ambos y el contenido del segundo elemento se anticiparía en el examen de aquella, dejándolo vacío.**

Es posible que se nos diga que la comprensión del ilícito como parte de la imputabilidad es de naturaleza diversa a la misma comprensión como segundo elemento de la culpabilidad porque, en aquella, la comprensión es meramente virtual, en cambio, en ésta es actual[37]. Por tratarse la imputabilidad de una "capacidad" es algo potencial, al igual como la capacidad de toda persona para caminar, hablar o moverse, etc. No obstante, si bien la distinción entre acto y potencia es valedera, toda vez que la

[37] URRUELA, A.: *Ob. cit.* p. 166.

comprensión de lo ilícito dice relación, en ambos casos, al hecho típico concreto, la distinción anotada no impide una postulación tautológica o repetitiva: en la imputabilidad se afirma, sobre la base de una presunción, que el sujeto sabía el carácter prohibido del hecho típico y, en el segundo elemento de la culpabilidad, no se agrega nada nuevo o diferente toda vez que el contenido de aquella es el mismo en éste. Ahora bien, ¿podemos presumir, de manera objetivamente fundada, que toda persona al cumplir los 18 años conoce "potencialmente" el carácter ilícito de todos y cada uno de los múltiples tipos penales existentes en todo el ordenamiento jurídico? La respuesta es más que obvia: categóricamente, no.

En cambio, si admitimos la división de la comprensión de lo prohibido en dos niveles: **uno general o básico y otro específico o concreto, la afirmación del primer nivel (perteneciente a la imputabilidad) no desaparece si no se logra configurar el segundo nivel (perteneciente al segundo elemento de la culpabilidad).** No podemos olvidar que, en la sistemática neo-causal o finalista, el segundo elemento de la imputabilidad presupone la existencia de la imputabilidad. En efecto, sólo tiene sentido o relevancia el error sobre la prohibición de quien es imputable. Tampoco podría ser óbice a la interpretación que formulamos al dividir la comprensión de lo injusto del hecho, lo dispuesto v.gr. en los números 1 y 2 del artículo 20 del CP español, al establecer que el sujeto "…no pueda comprender la ilicitud del hecho…", expresión esta última que tiene un carácter singular y concreto. A nuestro entender, la expresión "hecho" dice relación al "hecho típico injusto". Además, aceptando la distinción por nosotros formulada, **quien no tiene la capacidad de comprender el injusto material básico, general y común a un determinado ámbito jurídico-penal y, por ello, presente en cada hecho punible que lo integra, "no puede comprender la ilicitud del hecho", y por lo tanto, no es necesario investigar en mayor profundidad si, además, el autor tenía la capacidad de comprender el injusto material especial, específico o concreto del comportamiento por él perpetrado como modalidad de ataque al bien jurídico tutelado.** Apoyándonos, una vez más, en la analogía: quien ignora el nivel I de Matemáticas desconoce, con mayor razón, el nivel II; quien ignora el nivel I de cualquier idioma, es imposible que conozca y entienda los contenidos de los niveles superiores. Por ello, quien ignora lo general y básico de un desvalor es imposible que pueda conocer el desvalor concreto o específico de un determinado

hecho, toda vez que éste supone, necesariamente, aquél como su base o soporte de comprensión.

c) Desde otro ángulo, si aceptamos que la imputabilidad está referida al hecho típico concreto, de seguirse la sistemática neocausalista, se estaría **presumiendo el obrar típico doloso el que sólo podría ser desvirtuado configurando un error de tipo o de prohibición.** Presumir la conciencia valorativa de un hecho típico concreto supone, necesariamente, dar por establecido el conocimiento previo del hecho típico; de no ser así, ¿sobre qué estaría recayendo dicha valoración? Más aún, de conformidad a la doctrina mayoritaria que criticamos, acreditado v.gr. un error de prohibición inevitable, el sujeto que incurre en dicho error, **carecería de responsabilidad penal no por ausencia de dolo (concepción causal) o de conciencia de lo injusto (concepción final) sino por "inimputabilidad".** En efecto, si la presunción de imputabilidad está referida al hecho típico concreto, la existencia y prueba de un error de prohibición inevitable, lo que está probando es que dicho sujeto, en el caso concreto por el que se lo procesa, la presunción de imputabilidad carecía de fundamento objetivo, es decir, no era imputable. Ello, si se insiste en sostener que la imputabilidad supuesta está referida al hecho típico concreto y esto a pesar que la causa que le da origen no sea de tipo psicopatológico (alteración o anomalía psíquica). A nuestro modo de ver, en dicho supuesto y en la estructura dominante sobre la culpabilidad, habría una situación de contradicción: en primer término, se afirmaría, sobre la base de la presunción legal, la comprensión de lo prohibido de un hecho delictivo concreto al sostenerse la imputabilidad del actor para, posteriormente y de manera inmediata, negar aquella misma e idéntica comprensión al acreditarse un error de prohibición inevitable.

En cambio, la interpretación que postulamos en el sentido que la imputabilidad sólo implica una capacidad de comprensión "general" de lo ilícito y no referida al hecho típico concreto, en el caso de acreditarse un error de prohibición, la afirmación de imputabilidad se mantiene y lo único que no se configura es el dolo (en la sistemática causal) o la conciencia de lo injusto (en la sistemática final).

Es factible que quienes no compartan nuestra tesis en el sentido que la comprensión del carácter ilícito del hecho puede ser dividido en una comprensión de lo nuclear o general propio de la imputabilidad y una comprensión de lo ilícito de carácter especial o concreto del hecho típico ejecutado se apoyen en que **el legislador penal, en todo caso, presume en las personas mayores de 18 años la comprensión de lo ilícito**

sin establecer una discriminación entre una dimensión general y una especial, en consecuencia, ésta discriminación no tendría fundamento legal. No obstante, postular que el legislador penal presume, aunque de manera dividida, la conciencia de lo injusto en forma general y en forma especial, no puede llevarnos a sostener que la discriminación antes indicada es irrelevante y ello porque nos permite diferenciar los contenidos propios de la imputabilidad y de la conciencia de lo injusto como elemento de la culpabilidad o como integrante del dolo. Por lo demás, no hay disposición legal que impida expresamente dicha interpretación.

Por otro lado, la ley penal presume tácitamente el conocimiento de la realidad material u objetiva sin distorsiones, aunque, admite la posibilidad de configurar un error de tipo; de igual manera, la dimensión valorativa de aquella realidad que se expresa en la conciencia de la significación disvaliosa del hecho (típico) se presumiría por el legislador penal, no obstante, se puede configurar un error sobre la prohibición reconocido por el legislador penal (Art. 14 CP).

Ahora bien, **¿tiene fundamento objetivo el hecho que el legislador penal presuma, de manera simplemente legal, la conciencia de lo ilícito?** Si la significación disvaliosa del hecho típico la limitamos a un conocimiento de lo general, básico y común a un área delictiva (v.gr. delitos contra la vida, la propiedad o delitos sexuales), la experiencia social nos indicaría que ello es algo razonable. Si la interrogante dice relación con presumir la significación disvaliosa especial y concreta de un hecho típico determinado perteneciente al ámbito de los llamados "delitos de vigencia universal" (v.gr. el delito de homicidio calificado, apropiación indebida o el acoso sexual) nos parece igualmente razonable de conformidad a la experiencia del hombre-medio. El problema puede surgir en los ámbitos penales especiales v.gr. delitos tributarios, delitos laborales, delitos societarios, delitos contra el medio ambiente, etc. Presumir, en relación a estos ámbitos especiales, el conocimiento de una significación disvaliosa de carácter general nos parece razonable si ello se limita a v.gr. quienes trabajan deben contribuir con el Estado en sus diversas tareas pagando tributos o impuestos; quien contrata a un trabajador no puede abusar de su situación de necesidad imponiéndole condiciones inferiores a las que tiene derecho por ley; quien administra una sociedad no puede falsear las cuentas o documentos oficiales de ésta y ocasionar un perjuicio a ella, a sus socios o a terceros; o quien desarrolle una actividad industrial de cualquier clase no puede contravenir las leyes protectoras del medio ambiente o poner

en peligro la salud de las personas. **Presumir, en cambio, una conciencia sobre el disvalor de la conducta típica en concreto "erga omnes" carece de fundamento objetivo.** Sin embargo, somos de opinión que ello, en la práctica, puede que no ocurra. Por regla general, quienes protagonizan conductas propias de aquellos ámbitos especiales suelen ser personas que trabajan o se desempeñan en esas realidades profesionales, comerciales o de servicios y, por lo tanto, están al tanto de la normativa que les rigen, razón por la cual, tienen conciencia sobre el carácter prohibido de dichas conductas. En relación a esto, cabe recordar que, por regla general, **quienes se dedican a dichas actividades tienen un deber legal de informarse de la normativa** que las regla v.gr. normativa que regula la fabricación de alimentos o fármacos.

Esta última consideración, la existencia de distintas áreas de punibilidad penal, las que constituyen verdaderos "mundos" diversos nos ha llevado a postular que la dimensión valorativa de la imputabilidad sólo puede postularse, en general, en relación a esos distintos campos, como ámbitos independientes entre sí, y, en modo alguno, cabe hablar de una imputabilidad que cubra la conciencia de lo ilícito en especial y de la totalidad de las figuras típicas existentes en todos y cada uno de los ámbitos de punibilidad porque constituiría una pretensión desbordada y carente de límites racionales.

6. Una visión alternativa que nos permitiera diferenciar entre la comprensión de lo injusto como elemento de la imputabilidad y aquel factor como segundo elemento de la culpabilidad podría asumir tres modalidades:

a) considerar que **la imputabilidad** sólo implica una **conciencia del desvalor "ilegal" del hecho de "carácter general", lo que coincide con un desvalor "social"; en cambio, la conciencia de lo injusto**, en cuanto segundo elemento de la culpabilidad, estaría referida **al reconocimiento del desvalor "ilegal" del hecho concreto o específico**.

b) la **comprensión del carácter injusto del hecho, tanto en cuanto dimensión de la imputabilidad como segundo elemento de la culpabilidad**, siempre dice relación con **el hecho concreto**, aunque, en cuanto factor de la imputabilidad sólo exige el reconocimiento del **carácter "simplemente ilegal" del hecho concreto**; en cambio, en cuanto segundo elemento de la culpabilidad, supone el **reconocimiento del carácter antijurídico-penal del hecho perpetrado**. No obstante, la doctrina dominante se conforma con que la valoración sea simplemente en el marco de lo legal-ilegal, y no

necesariamente de lo penalmente relevante, razón por la cual, sólo un sector minoritario estaría dispuesto a aceptar dicha alternativa.

c) La comprensión de lo injusto del hecho propio de **la imputabilidad** sería una **conciencia acerca de un desvalor jurídico-penal del hecho, de carácter general; siendo suficiente que el sujeto tuviere la "impresión" que el acto realizado es ilegal y, además, que podría ser delictivo** y, dicha conciencia en cuanto **segundo elemento de la culpabilidad**, sería una **conciencia especial o específica acerca del desvalor jurídico-penal del hecho típico concreto, aunque, desconozca el tipo y gravedad de la sanción penal**.

De estas tres posibilidades alternativas, de tener que escoger una nos quedaríamos con la primera toda vez que conserva la idea central postulada: conciencia del desvalor ilegal, de carácter general, del hecho versus conciencia del desvalor especial o particular del hecho.

7. Imputabilidad y posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho.

Un sector de la doctrina española, BACIGALUPO[38], ZUGALDÍA[39], siguiendo a ARMIN KAUFMANN, propone reordenar los elementos de la culpabilidad, colocando en primer término, investigar si el autor del delito tuvo la posibilidad de conocer el carácter prohibido del hecho y, en segundo lugar, determinar si el sujeto es o no imputable. Dicha secuencia, nos parece discutible porque equivale a invertir el orden lógico. En efecto, un sujeto sólo puede tener la posibilidad de llegar a comprender el carácter prohibido de un hecho en la medida que sea imputable y ello porque la imputabilidad, como cualquier capacidad, implica un ámbito virtual de actividad pero, en modo alguno, al revés. Una persona por ser imputable tiene la posibilidad de comprender el carácter prohibido de su actuar; razón por la que es preciso, en primer término, establecer si tiene capacidad de culpabilidad o imputabilidad y, luego, examinar si, en el caso concreto, dicha posibilidad pudo ser actualizada. Sostener primero que el autor tenía la posibilidad de comprender el carácter prohibido del hecho delictivo para, en un segundo momento, examinar la imputabilidad y sostener que, respecto de ese mismo hecho, es inimputable por carecer una capacidad intelectual-valorativa importa, a nuestro entender, una contradicción. En esta secuencia objeto de crítica **¿cómo se explicaría la**

[38] BACIGALUPO, E.: *Ob.cit*. p.424 y 425.
[39] ZUGALDÍA, J.M.: en: Zugaldía (dir.), Derecho Penal. PG., 2.ª, 2004, p. 607.

existencia, en un primer momento, de aquella posibilidad que, posteriormente y en fracción de minutos, aparece negada, negación que, por estar referida al mismo hecho, es preciso proyectarla retroactivamente al primer momento y desde un principio?

A nuestro entender, el estudio sobre la "valoración del hecho típico en concreto" debe ser realizado, en la sistemática finalista, al tratar de la conciencia de lo injusto como segundo elemento de la culpabilidad y, de seguirse la concepción causal neoclásica, al tratar del dolo como elemento de la culpabilidad. Somos de opinión que la dimensión valorativa de la imputabilidad que es, de índole genérica, se concreta o especifica en el tratamiento de los elementos de la culpabilidad antes indicados. En otras palabras, no creemos que los elementos que integran la culpabilidad formal sean factores o niveles independientes y desvinculados entre sí. Nos parece que entre la dimensión valorativa de la imputabilidad y la conciencia de lo injusto hay una relación de género a especie.

En efecto, nos parece razonable que el legislador presuma que toda persona mayor de 18 años tiene una capacidad general, a nivel abstracto, para reconocer y valorar el hecho ilícito-base de un determinado ámbito penal, en el sentido antes indicado. Lo que no es razonable presumir es que toda persona mayor de 18 años puede "reconocer y valorar" como ilícito todos y cada uno de los comportamientos típicos existentes en los diversos campos del sistema penal. Será en el examen del segundo elemento de la culpabilidad (dolo o conciencia de lo injusto, según la doctrina que se postule) donde se pondrá a prueba **si aquel conocimiento general presumido puede hacerse extensivo a la figura delictiva concreta por la que se está enjuiciando al inculpado.**

Algo semejante ocurre con la dimensión volitiva que integra la imputabilidad. El legislador penal puede presumir, con fundamento objetivo, que una persona mayor de 18 años tiene una capacidad general para autodeterminarse. Es en el estudio del tercer elemento de la culpabilidad, el contexto situacional normal (o exigibilidad), donde la interrogante a dilucidar será determinar **si aquella capacidad general que la ley penal presume, el inculpado podía o no haberla ejercido en la situación concreta por él vivida** v.gr. por sufrir una amenaza o coacción grave o haber experimentado miedo insuperable.

8. Imputabilidad y dolo.

No es objeto de discusión que para que un sujeto normal actúe, dolosa o imprudentemente, debe poseer una cierta **capacidad psicológica general que le permita captar o percibir sin distorsiones la realidad, es decir, el mundo que le rodea**, capacidad que el legislador penal presume tácitamente, al igual que lo hace, respecto de la comprensión de lo injusto en la imputabilidad. En el caso de un delirio psicótico por ejemplo, donde el enfermo cree atacar y destruir al demonio o a un vampiro, no sólo se encuentra ausente el conocimiento sobre el injusto material del homicidio (que se ataca el bien jurídico vida humana) sino, además, y, con carácter previo, no existe dolo de homicidio porque dicho sujeto carece de la capacidad psicológica de toda persona normal de percibir la realidad tal cual es y sin distorsiones. En efecto, el dolo homicida supone que el autor conozca que su obrar se dirige en contra v.gr. del bien jurídico vida humana y no en contra de la existencia del "maligno" (demonicidio) o de un vampiro (vampiricidio).

A esta altura, cabe preguntarse ¿por qué la doctrina nunca ha explicitado la capacidad psicológica que el dolo o el actuar imprudente supone, tal como lo ha hecho al tratar otros elementos en la teoría del delito? Pensemos por ejemplo, al tratar de la acción, los causalistas admiten un elemento subjetivo mínimo (voluntariedad) y los finalistas uno con mayor contenido (finalidad); ambas posturas doctrinarias reconocen, en el estudio de la tipicidad, ciertos elementos subjetivos especiales del tipo (o de lo injusto); los finalistas demandan, para configurar una actuación justificada, un elemento subjetivo de igual carácter; y al tratar de la culpabilidad, nos encontramos con la exigencia de la imputabilidad, para los causalistas del dolo o imprudencia (y sus correspondientes hipótesis de error de tipo o prohibición); y en la exigibilidad (o contexto normal) con la eximente de v.gr. miedo insuperable todo lo cual conlleva innegablemente concurrencia de una carga marcadamente subjetiva. En todo caso, ningún sector doctrinario pondrá en duda de la necesaria existencia de una capacidad psicológica que permita a la persona percibir o captar la realidad sin distorsiones, base ontológica o natural de todo actuar doloso o imprudente. Su no explicitación por la doctrina ¿será porque se ha estimado que es algo obvio? Empero, muchas veces, lo obvio se olvida y ello puede ser peligroso, en especial, para quienes se identifican con los principios fundamentales del Derecho penal actual y que constituyen auténticas "garantías" para los ciudadanos. Si la doctrina está de acuerdo en que, sobre la base del

concepto de imputabilidad y de la conciencia de lo ilícito, se puede presumir una capacidad valorativa general (imputabilidad) y una capacidad valorativa especial (conciencia de lo ilícito) para valorar como prohibidos ciertos hechos y que el error sobre la prohibición es una excepción a dicha capacidad presumida, ¿por qué no extrapolar dicha distinción y afirmar o reconocer que el legislador penal presume una cierta capacidad psicológica general para obrar típicamente y que v.gr. el error sobre el tipo es una excepción de aquella al igual que el error sobre la prohibición, lo es de la conciencia de lo injusto en el ámbito de la culpabilidad?

No es posible prescindir del concepto que se postule acerca del dolo. Si se toma el concepto de dolo de una concepción causal neoclásica, al conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo-penal, es preciso agregar el conocimiento de la significación valorativa del comportamiento en su globalidad o totalidad (conocimiento real o efectivo del carácter prohibido del hecho típico).

De seguirse este planteamiento, concepción causal neoclásica, y de sostenerse que el contenido de la imputabilidad se presume y siempre está referida al hecho concreto por el cual se está procesando al imputado, nos plantea dos interrogantes:

a) **Si la imputabilidad sólo implica valoración de un hecho típico** (no conocimiento del mismo), **nos resulta discutible la ubicación sistemática del dolo como segundo elemento de la culpabilidad y posterior a la imputabilidad toda vez que el conocimiento de un hecho es previo a su valoración.** En efecto, todo pareciera indicar que el estudio y tratamiento del dolo, en cuanto exigencia de conocimiento de los elementos del tipo (no de su valoración global), debería ser algo previo a la imputabilidad. **Esta objeción sólo se podría obviar si se postula explícitamente** (lo que no hacen los autores) **que la imputabilidad, en su dimensión intelectual-valorativa, presume, además, la capacidad psicológica general para percibir el mundo externo y, por ello, de obrar típicamente (dolosa o imprudentemente), y no reducir o limitar la dimensión intelectual-valorativa a la simple valoración de un hecho como prohibido**. Por ello, no resulta clara la afirmación que un sector minoritario de la doctrina que se ha ocupado del tema afirme que la inimputabilidad puede llegar a determinar la ausencia de dolo y, por lo mismo, la atipicidad subjetiva.[40]

[40] MIR PUIG, S.*:* Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 1982 (cit. por la edición en El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Ariel, 1994, p. 84; SERRANO BRUTRAGUEÑO, I.: Código penal de 1995, 1999, pp. 269 y 274.

Algunos autores se han inclinado por postular que el "error condicionado por la inimputabilidad" debe ser ubicado y resuelto en sede de inimputabilidad y que por ello, serían aplicables medidas de seguridad.[41]

b) Si se insiste que la ubicación sistemática del dolo es posterior a la imputabilidad ¿por qué, según la concepción neo-causal, el dolo requiere la significación disvaliosa del hecho típico si dicho disvalor ya ha sido establecido en la imputabilidad?

De seguirse una sistemática finalista, el dolo integra el tipo-penal, y la observación anterior a la sistemática causal neoclásica, no le alcanza. No obstante, la sistemática finalista, queda expuesta a otra crítica. La sistemática finalista debería reconocer, de manera explícita, al tratar de la tipicidad subjetiva que ella se asienta, necesariamente, en una capacidad psicológica general que el legislador presume en toda persona normal que le permite percibir la realidad y, sobre dicha base, obrar típicamente (dolosa o imprudentemente). En efecto, el tipo penal del homicidio supone que quien lo protagoniza dolosamente sabe, conoce o tiene conciencia de la realidad sin distorsiones y que los golpes mortales que está propinando afectan a una persona viva (y no a un v.gr. animal); que quien comete dolosamente hurto sabe o conoce la realidad sin distorsiones y que, por eso mismo, tiene cabal conciencia que toma una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño.

CONCLUSIONES

1. De mantenerse la idea que la dimensión valorativa de la imputabilidad, al igual que la conciencia de lo ilícito, tienen como objeto de referencia el hecho concreto realizado por el autor, a nuestro entender, implica una duplicidad de una misma exigencia, razón por la cual, uno de dichos elementos está sobrando.

2. Si se quiere evitar la duplicidad de un mismo requisito, se debería considerar que el contenido valorativo que integra la dimensión de la imputabilidad es de carácter genérico; en cambio, el que integra la conciencia de lo ilícito es de carácter concreto o específico en los términos desarrollados en este documento.

* * * * * *

[41] MIR PUIG, S.: Derecho penal. PG. 2004, pp. 149, 529 y ss.; GARCÍA ALBERO, R.: Arts. 95-108, en QUINTERO OLIVARES (dir.) MORALES PRATS (coord.) Comentarios al Nuevo Código penal, 3° ed. Elcano, Aranzadi, 2004, p. 545; URRUELA MORA, A.: *Ob. Cit*. p. 163, nota 557.

Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz

Investigadora de Derecho penal. Univ. de Alcalá. Socia y coordinadora de la FICP.

~Notas sobre el concepto de lesión de bienes jurídicos: en especial, sobre la lesión de bienes jurídicos supraindividuales*/**~

I. LA LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS

Dejando de lado otros daños sociales y simbólicos causados por el delito[1], la nocividad a la que remite el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y la idea de antijuridicidad material es esencialmente, en los delitos comisivos, la lesión (o puesta en peligro) para el bien jurídico protegido[2]. Como señala POLAINO NAVARRETE, «[a] las nociones de lesión y de peligro compete el desarrollo de un importante

* El presente trabajo resume algunos de los avances realizados en el marco de mi tesis doctoral –codirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña y la Prof. Dra. Roso Cañadillas– y ha sido financiado gracias a la ayuda del Subprograma de Formación de Personal Investigador de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad (ref. BES-2012-058972), adscrita al proyecto de investigación DER2011-24011 sobre "Responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados" y dirigido por el Prof. Dr. Dr. h. c. D. Diego-M. Luzón Peña.

** Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. AT: Allgemeiner Teil. DelPen: Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. DocP: Doctrina Penal. DPC: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional. EPB: Enciclopedia Penal Básica. FS: Festschrift. Foro FICP: Foro FICP (Tribuna y Boletín de la RICP). GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; JpD: Jueces para la Democracia. LH: Libro Homenaje. NFP: Revista Nuevo Foro Penal. PG: Parte General. RDPCrim: Revista de Derecho Penal y Criminología. REDPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RFDUCM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. RGDP: Revista General de Derecho Penal. RIDPP: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. RP: Revista Penal. ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

[1] SILVA SÁNCHEZ, InDret, 3, 2008, pp. 1-2 y, siguiéndole, ROBLES PLANAS, en: Robles Planas (ed.), Límites, 2012, p. 27, sostienen que entre las consecuencias del delito hay que distinguir entre *daño personal (material e inmaterial)*, *daño social o intelectual* y *daño ideal o simbólico*. En su opinión, el *daño personal* sería el sufrido por la víctima, de carácter tanto material (*e.g.*, una lesión corporal, un perjuicio en el patrimonio, etc.) como inmaterial (*e.g.*, la humillación, la culpabilización); este último se podría dar a veces sin el anterior, por ejemplo cuando el delito es uno de peligro o se ha quedado en fase de tentativa, sin llegar a consumarse. El *daño social* consistiría en el efecto psico-social de inseguridad, desorientación y condicionamiento de los planes de vida de las víctimas potenciales o del conjunto de ciudadanos derivados de la realización del delito. En cambio, el *daño ideal o simbólico*, más propio de las concepciones normativistas del delito, pero no incompatible con la dogmática teleológica (si se añade al daño al bien jurídico), sería el que el delito produce sobre el Derecho (expresión de la voluntad general) al negarlo mediante la conducta particular del delincuente. Según SILVA SÁNCHEZ, InDret, 3, 2008, p. 2, «… una visión realista del problema debe conducir a afirmar que los delitos producen siempre un daño ideal; casi siempre -esto es, en la medida en que sean conocidos- un daño psicológico-social; y muy frecuentemente, asimismo, un daño material. Pese a la conveniencia de tener presentes estas tres dimensiones, la visión tradicional de las cosas ha asociado el delito con el daño material. Pero ello conduce a dificultades explicativas –por ejemplo, en materia de proporcionalidad de la reacción jurídico-penal– que se solventarían si se tuviera presente la pluralidad expuesta».

[2] En cambio, algunos autores han planteado que la antijuridicidad de los delitos omisivos (en particular, en las omisiones puras o propias) puede consistir excepcionalmente en la *falta de apoyo o fomento* de bienes jurídicos muy importantes (personales o colectivos) necesitados de tal apoyo para su plena vigencia o funcionamiento: así lo hace, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 30/24-25.

cometido en el círculo del contenido material del injusto, en cuanto formas básicas de manifestación de la contrariedad al bien jurídico-penalmente tutelado»[3] o, en otras palabras, «… de representación del carácter antijurídico de la conducta»[4]. Esta ofensa (lesión o peligro) puede ser un elemento expreso o implícito del tipo penal: así, puede suceder que el tipo mencione expresa y directamente la necesidad de que la acción afecte al bien jurídico protegido (p. ej., el art. 208, párr. 1.º CP define la injuria como «la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación») o haga referencia a la misma de manera indirecta, mediante la exigencia de un fenómeno claramente equivalente a dicha ofensa (p. ej., aunque el art. 138.1 CP no alude a la lesión de la vida como tal, sí lo hace al acto de matar a otro); en otras ocasiones, el tenor literal del tipo penal no será expreso y deberá recurrirse a diversos métodos interpretativos para determinar si el tipo penal supone peligro o lesión para algún bien jurídico determinado (p. ej., el art. 208 CP señala simplemente que «[e]s calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad»)[5]. Además, recuérdese que, para que la lesión o el peligro sean constitutivos de un desvalor de resultado o resultado jurídico en los términos defendidos en el presente trabajo, deberá adoptarse una perspectiva de juicio *ex post*, lo cual parece una idea obvia en el caso de la lesión, pero menos cuando la referencia es al peligro.

La lesión ha sido entendida tradicionalmente en el sentido de *destrucción* o *menoscabo* del bien jurídico protegido, aunque algunas concepciones espiritualizadas del bien jurídico suelen definirla como la destrucción o menoscabo del *objeto material o de la acción* en que se concretaría el bien jurídico[6]. Según afirma GORRIZ ROYO, en

[3] POLAINO NAVARRETE, Bien jurídico, 1974, p. 85.
[4] POLAINO NAVARRETE, Bien jurídico, 1974, p. 90.
[5] Señalando estas posibilidades, MARINUCCI/DOLCINI, PG, 4.ª, 2012, pp. 203-205.
[6] BARBERO SANTOS, ADPCP, 1973, p. 488; POLAINO NAVARRETE, Bien jurídico, 1974, p. 86; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, PG, 2.ª, 1986, p. 163; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, p. 40; ROXIN, AT, I, 2.ª, 1994, 10/122 = PG, I, 1997, 10/122, que menciona que el objeto material debe ser «realmente dañado»; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, 5.ª, 1996, p. 264 = Tratado, 5.ª, 2002, p. 282: «… el tipo presupone un perjuicio en el objeto material protegido […]»; MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, 1997, p. 49; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.ª, 2009, p. 202; MARTÍNEZ-BUJÁN, en: Serrano Piedecasas/Demetrio Crespo (dirs.), Derecho penal económico, 2010, p. 87; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 4.ª, 2012, p. 207, con referencia al objeto material; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 12/43. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ PG, 18.ª, 1995, p. 427 se refieren exclusivamente a la destrucción. En cambio, tratando de dotar al concepto de más matices, ANGIONI, Contenuto, 1983, pp. 176-177, respecto de los bienes no institucionales, apunta que por lesión se entiende generalmente la destrucción del bien –siempre que se trate de un bien material (corpóreo)–, su pérdida –si el poder de disposición de una cosa se transfiere a otro sujeto–, o su disminución o compresión. Sobre la

ambos casos se trata de un concepto originario del pensamiento causal-naturalista del siglo XIX, cuyo desarrollo tenía ante todo en mente bienes jurídicos u objetos materiales caracterizados por su corporeidad o aprehensibilidad por los sentidos, cualidades que los harían susceptibles de un daño en los términos naturalísticos de quebranto físico. No obstante, la mayor dificultad para aplicar este concepto fáctico u óntico a objetos carentes de tal aprehensibilidad ha provocado que, desde algunos sectores, se haya recurrido de manera complementaria o sustitutiva a un *concepto normativo* (valorativo) de lesión, ligado a la idea, un poco más amplia o abstracta, de *afectación* o *perturbación*: en otras palabras, sería constitutivo de lesión el ataque con efectos *perturbadores* para el bien jurídico o de alteración de sus cualidades relevantes[7].

En realidad, esta idea no sería contradictoria con la actual definición de la RAE del verbo "menoscabar", que no solo hace referencia a «[d]isminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo», acepción más asociada a objetos físicos o corpóreos, sino también al acto de «[d]eteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía» y al de «[c]ausar mengua o descrédito en la honra o en la fama»[8]. De ahí que algunos autores defensores de este concepto normativo no renieguen tanto de la referencia al *menoscabo* del bien jurídico, sino del enfoque esencialmente físico o naturalista del concepto de lesión y, sobre todo, de su asociación

---

evolución del concepto de lesión, vid. la exposición de DOVAL PAIS, Fraude alimentario, 1996, pp. 259-260; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 616-617.

[7] Vid. las exposiciones de GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 616-617, y ya antes DOVAL PAIS, Fraude alimentario, 1996, pp. 259-260. Por ejemplo, asumen esta concepción, además de los autores que serán expuestos a continuación, RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1978, p. 336, aunque ello se debe a su concepción espiritualizada del bien jurídico: «…el concepto de daño es un concepto normativo, fruto de una valoración. Por la misma razón que los bienes jurídicos no pertenecen a la realidad naturalística, sino al mundo de los valores, la lesión de los mismos que llamamos *daño* tampoco existe, como tal, en la realidad natural. En esta existen, sí, acciones humanas, modificaciones del mundo exterior, alteraciones de las condiciones ambientales preexistentes a la acción del sujeto, que solo alcanzan la categoría de daño cuando son *valoradas* como *lesivas de bienes jurídicos*»; DOVAL PAIS, Fraude alimentario, 1996, pp. 259-262, quien parece utilizarlo de manera complementaria al concepto tradicional, aplicado a bienes jurídicos inmateriales; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 620-625, 651-652; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 317-322; FEIJOO SÁNCHEZ, DPC, 19, 2007, p. 134, n. 71; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9.ª, 2015, pp. 297-298: estos últimos afirman expresamente que se remiten a un concepto normativo de lesión, referido no solo a la destrucción o daño de un objeto material, sino también a las ofensas inferidas a bienes sin sustrato material, como el honor; curiosamente, este concepto normativo no parece serles de utilidad a estos autores para determinar la lesión de bienes jurídicos supraindividuales: en otras obras, MUÑOZ CONDE, Teoría general, 4.ª, 2007, p. 100 ha sostenido que solo tiene sentido hablar de delitos de lesión o peligro cuando el bien jurídico protegido es *individual* y, además, con un soporte físico material u objeto de la acción –vida, integridad física, propiedad; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 80-88. En Alemania, destaca en sentido similar la postura de ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 199-214; también, aunque en menor medida, la de ROXIN, AT, I, 4.ª, 2006, 2/83-85.

[8] Vid. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Recurso electrónico disponible en: http://dle.rae.es/?id=Ov10aCJ [consulta: 16-01-2017]. Nótese que el verbo "deteriorar" significa a su vez «[h]acer que algo o alguien pase a un peor estado o condición», como equivalente de causar detrimento.

con la idea drástica de *destrucción.* Según la RAE, la primera acepción de destruir es «[r]educir a pedazos o a cenizas algo material, u ocasionarle un grave daño»; incluso la acepción más abstracta sigue siendo radical en sus términos, al hacer referencia a «[d]eshacer o inutilizar algo no material» (p. ej., un argumento o un proyecto)[9].

Esta posición crítica ha sido defendida en España, por ejemplo, por CORCOY BIDASOLO, que recuerda que la destrucción total *del bien jurídico* como consecuencia del hecho típico no se produciría en realidad en prácticamente ningún delito: ni siquiera en los que protegen bienes con substrato material (en el sentido de físico, químico, corpóreo o biológico). Así, la salud o la integridad física de una persona no quedarían *destruidas* por un corte en un brazo, por mucho que la herida haya requerido puntos de sutura; tampoco el honor de una persona, bien jurídico de substrato no físico, desaparecería como consecuencia de una injuria o una calumnia[10]: «Lo que sucede es que […], excepto en el homicidio, la lesión del bien jurídico penal, tanto en los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales individuales como en aquellos en los que se protegen otros supraindividuales, no implica su destrucción sino su afectación»[11].

Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS ha sostenido que las unidades socialmente delimitadas que en su opinión constituyen las formas de manifestación del substrato del bien jurídico pueden ser dañadas de un modo empírico-socialmente constatable, dando lugar por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales. Así pues –continúa–, para poder hablar de la lesión de un bien jurídico no sería necesario acreditar que se ha producido la *desaparición de la realidad social preexistente* que integra el substrato del bien jurídico[12].

PAREDES CASTAÑÓN también se ha preguntado por la definición de la acción dañosa y la relevancia que esta debe tener para justificar desde un punto de vista legal la imposición de una prohibición *jurídica*, llegando a resultados que se alejan de la idea de destrucción. En su opinión, es necesario que el estado de cosas valioso (y que puede ser

[9] Vid. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Recurso electrónico disponible en: http://dle.rae.es/?id=DVqxIJU [consulta: 16-01-2017].

[10] CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 219-225, 371-372; en: Mir/Corcoy (dirs.), Política criminal, 2004, p. 31; en: Mir Puig (dir.), Derecho penal, 2007, pp. 376-377. Ahora bien, esta autora parece decantarse en algunos momentos por una concepción más bien espiritualizada del bien jurídico, al seguir en parte a KARGL, en: Área de Derecho Penal de la Univ. Pompeu Fabra (ed.), Insostenible situación, 2000, pp. 53-54 y definir el bien jurídico vida como el "interés social e individual por la vida". Desde esta perspectiva espiritualizada, centrada en el *valor*, resulta aún más complicado afirmar la existencia de una lesión del bien jurídico desde la tradicional perspectiva causal-naturalista.

[11] CORCOY BIDASOLO, en: Mir/Corcoy (dirs.), Política criminal, 2004, p. 31.

[12] DÍEZ RIPOLLÉS, JpD, 1997, p. 18.

legítimamente protegido por el Estado conforme a su programa ético-político) se vea afectado en su incolumidad por la acción cuestionada. Pero además, para que tal alteración de la incolumidad del estado de cosas pueda justificar una prohibición jurídica y ser considerada una acción dañosa por antonomasia, es necesario que el efecto causal sea de una intensidad tal que resulte probable que produzca una desestabilización negativa o transformación moralmente indeseable del completo patrón de interacción social: esto sucedería normalmente cuando la acción modifica de manera significativa el grado de poder social o de disponibilidad de recursos (materiales o de información) para la acción[13].

Así pues, optar formalmente por una concepción normativa de lesión parece más coherente con el modo en que de hecho estaría siendo entendida la lesión de muchos bienes jurídicos individuales con substrato tanto material (en el sentido de físico-químico, corpóreo o biológico) como inmaterial (en el sentido de incorpóreo, mental, intelectual o sociológico). Valgan al respecto dos ejemplos en relación con la lesión de la salud personal y el honor según BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: este autor ha defendido que la salud sería una condición para la participación del individuo en el sistema social y comprendería tanto el cuerpo humano y su normal funcionamiento como la capacidad de disposición sobre el mismo. En este sentido, afirma que un ataque a la salud consistiría en la alteración de su normal funcionamiento durante un periodo de tiempo de mayor o menor duración o la causación de un menoscabo en el substrato corporal que suponga la disminución o condicionamiento de las posibilidades de participación en el sistema social[14].

En cuanto al honor, lo ha definido como las relaciones mutuas de reconocimiento entre los distintos miembros de la sociedad (fundadas en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad), a través de las que se condiciona la vida en comunidad y la colocación de una determinada persona dentro de un grupo social. Estas relaciones de reconocimiento generarían concretas expectativas *objetivas* para cada

[13] PAREDES CASTAÑÓN, Justificación, 2013, pp. 187-196. Sin embargo, dados los costes que las prohibiciones jurídicas conllevan para el destinatario de la norma y para terceras personas (frustración de deseos, pérdida de poder social, disminución de recursos disponibles), PAREDES añade otros requisitos adicionales para considerar justificada la prohibición también desde un punto de vista de justicia *distributiva y conmutativa*. Especialmente claros son en su opinión los casos en que la conducta produce un daño *irreparable*, cuya evitación no puede ser gestionada adecuadamente mediante una alternativa a la prohibición jurídica, o cuando el daño sí es *reparable*, pero tampoco puede ser gestionado de otra manera alternativa: *idem*, pp. 251-270.

[14] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Lesiones, 1982, pp. 19-41.

miembro de la comunidad, que tendrían un componente variable según la extensión y concreta evolución de su participación en la comunidad, y que deberían ajustarse a los valores constitucionales: pues bien, la actuación contraria a tales expectativas sería constitutiva de una lesión del honor[15].

Dicho esto, la concepción normativa puede presentar el inconveniente de difuminar la frontera entre la lesión y el peligro, pues en el discurso doctrinal se emplea a menudo –consciente o inconscientemente– la expresión *afectación* como término que abarca ambos conceptos[16]. Por eso, más allá de las definiciones generales de la lesión como afectación, perturbación, deterioro o menoscabo, parece conveniente que se defina el concreto contenido de tal efecto para cada bien jurídico –lo cual requiere un análisis de parte especial– y se utilice este como punto de referencia para la determinación del peligro.

Por último, y aunque no pueda desarrollarse esta cuestión, conviene aclarar que suelen quedar fuera del concepto de lesión aquellos efectos perturbadores sobre el bien jurídico protegido provocados por el propio sujeto titular (es decir, las autolesiones). Según ROXIN, tales acciones no constituirían lesión alguna del bien jurídico, sino que formarían parte de la autorrealización del titular y por lo tanto no incumbirían al Estado[17]. En otras palabras: operaría aquí *el principio de alteridad o ajenidad de la lesión* (también denominado como principio de no identidad entre el autor y la víctima de la lesión)[18], relacionado con los límites al Derecho penal paternalista[19].

---

[15] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ADPCP, 1984, pp. 310-313.

[16] Así, por ejemplo DOVAL PAIS, Fraude alimentario, 1996, pp. 261-262: «… mientras que concebir el peligro como amenaza de un daño efectivo tiene un sentido claro, no tiene tanto el hablar de peligro como la amenaza de una perturbación del bien jurídico […], porque la amenaza de perturbación puede verse ya como una perturbación actual que sufre el bien jurídico protegido y, por lo tanto, como una lesión del mismo. Si así es, el peligro puede llegar a igualarse conceptualmente a la lesión allí donde el bien jurídico protegido sea de las características señaladas [inmaterialidad o carencia de representación corpórea] y no permita ser lesionado en el sentido de materialmente destruido»; CORCOY BIDASOLO, en: Mir/Corcoy (dirs.), Política criminal, 2004, p. 38; en: Mir Puig (dir.), Derecho penal, 2007, p. 392: «El concepto "afectar" abarca la referencia tradicional tanto a la "lesión" como a la "puesta en peligro"»; MARTÍNEZ-BUJÁN, PG, 4.ª, 2014, pp. 124, 285; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 13/4; MIR PUIG, PG, 10.ª, 2016, 6/49. Por su parte, MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 116-125 llega a considerar ya el "peligro abstracto" como una forma de afectación del bien jurídico protegido.

[17] ROXIN, AT, 4.ª, 2006, 2/32-35.

[18] LUZÓN PEÑA, NFP, 74, 2010, pp. 58-80; RGDP, 15, 2011, pp. 1-21; Libertas, 0, 2012, pp. 17-35; Lecciones, 3.ª, 2016, 15/84-85.

[19] Sobre este particular, debe distinguirse en primer lugar entre el paternalismo y el moralismo. Según RAMIRO AVILÉS, DerLib, 15, 2006, pp. 212-213, el paternalismo supondría una intromisión estatal en la vida de las personas mediante políticas públicas o normas jurídicas que, en su versión negativa, *prohíben, obstaculizan, desalientan o desaconsejan* la realización de determinados comportamientos o la adopción de ciertas elecciones que no dañan directamente a terceros, pero que sí pueden resultar dañosos o poco beneficiosas para quienes actúan. El moralismo, en cambio, supondría la prohibición u obstaculización de

II. EL DEBATE SOBRE LA POSIBILIDAD DE LESIÓN (Y PELIGRO) PARA LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES

La legitimidad de la tutela penal de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, así como las estructuras típicas adecuadas y legítimas para ello, han sido y son objeto de un encendido debate entre la doctrina penal. En relación con las estructuras típicas, existe una corriente que afirma, desde una perspectiva más bien crítica, que los contornos indeterminados y abstractos de esta clase de bienes jurídicos imposibilitarían o dificultarían en extremo la tarea de perfilar conceptualmente su lesión o puesta en peligro concreta por medio de un curso causal; incluso en aquellos supuestos en que tal lesión pudiera imaginarse –se argumenta–, esta no se produciría por efecto de una única conducta aislada, sino por un conjunto o acumulación de ellas, y presentarían de todas formas serios problemas de prueba. De ahí que para su protección se haya de recurrir precisamente a los delitos de peligro abstracto (por comodidad o por abierta imposibilidad de utilizar otra técnica de tipificación), aunque a veces se admita que en estos casos la categoría se estaría interpretando de una manera un tanto forzada o impropia[20].

---

conductas que ni siquiera resultan dañosas para uno mismo ni afectan negativamente a los propios intereses, sino que son simplemente inmorales según la moralidad aceptada de la sociedad. En materia de límites al Derecho penal paternalista se encuentra también la regulación de la autopuesta en peligro y el consentimiento en la lesión o en la puesta en peligro: cfr. sobre la relación entre esos supuestos y regulaciones paternalistas, p. ej., LUZÓN PEÑA, RGDP, 15, 2011, p. 12, n. 27; Libertas, 0, 2012, p. 27, n. 27. Sobre la admisibilidad o no de las prohibiciones jurídicas paternalistas y los límites al moralismo jurídico, vid. también PAREDES CASTAÑÓN, Justificación, 2013, pp. 203-212, 229-232.

[20] GRASSO, RIDPP, 1986, pp. 710-715, 721 = ZStW, Beiheft 1987, pp. 79-83, 89 que, aunque reconoce que en algunos casos se puede hacer un esfuerzo de concreción del bien jurídico para hacerlo lesionable, lo cierto es que los delitos de peligro presunto tienen en los bienes supraindividuales su campo de aplicación privilegiado; HASSEMER, en: Scholler/Philipps (eds.), Jenseits, 1989, pp. 88-90 = DocP, 1989, pp. 279-280; ADPCP, 1993, p. 70; HERZOG, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, pp. VII y 128-130; HOHMANN, GA, 1992, p. 79; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992, p. 291; Fundamentos, 2.ª, 2016, pp. 55-56, n. 1, si bien cuestiona en un momento dado que la denominación de delitos de peligro sea apropiada para estos bienes, ya que a su juicio no existe «… la más mínima probabilidad de que una única conducta individual pueda llegar a lesionar (esto es, a destruir) el bien jurídico de referencia […]», y por extensión tampoco de que pueda ponerlos en peligro; a pesar de ello, acepta la legitimación de estos delitos cuando se trate de una condición esencial para la supervivencia del sistema (económico) y se construyan sobre la base de un peligro real; MOCCIA, en: LH-Roxin, 1997, pp. 122-123: «Si […] se utilizan bienes de escasa aprehensibilidad […] el ataque se diluye y se hace incomprensible, ya que su misma naturaleza convierte en ardua la tarea de individualización de precisos correlatos fenoménicos. El legislador deberá, pues, retroceder a fases preliminares del *iter* delictivo […]»; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Anticipación, 1999, p. 38: «… la mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de bienes de carácter supraindividual –colectivos o universales–, como la salud o la seguridad públicas, fenómeno que se sitúa también en el contexto de la denominada "sociedad de riesgo". Precisamente el carácter difuso e impreciso del objeto de tutela y la consecuente dificultad de comprobar la lesión o el peligro de estos bienes jurídicos de difícil aprehensión contribuye decididamente a la construcción de figuras de peligro abstracto»; SANTANA VEGA, Bienes jurídicos, 2000, pp. 102-103; p. 166: «Con los bienes jurídico-penales supraindividuales se asiste a la alteración regla-excepción entre

Con la excepción ocasional de los supuestos delitos con bienes jurídicos intermedios en sus diversas acepciones y denominaciones, asociados a menudo –de manera criticable– a estructuras "formales" de lesión para esta categoría de bienes y peligro para los bienes finales, lo cierto es que la anterior afirmación ha sido también respaldada en parte por algunos sectores menos reacios o directamente más favorables a la protección de bienes supraindividuales[21]. Según expone OTTO en relación con el

---

lesión y puesta en peligro. En efecto, mientras que con relación a los bienes jurídico-penales individuales la regla contemplada para diseñar el tipo penal es la de delitos de lesión, en los bienes jurídico-penales supraindividuales ésta es la excepción»; HORMAZÁBAL MALARÉE, en: LH-Valle Muñiz, 2001, p. 1422: «Una característica común a destacar en la protección de estos bienes jurídicos colectivos es que el delito de peligro aparece de esta forma como la forma específica de protección. […] el bien jurídico colectivo está en relación teleológica con el bien jurídico individual. Por eso la protección tiene que anticiparse a la puesta en peligro del bien jurídico colectivo, esto es, del bien jurídico que garantiza las condiciones para el desarrollo del bien jurídico individual»; MUÑOZ CONDE, en: LH-Valle Muñiz, 2001, pp. 571-572: «… la frecuente utilización en el nuevo Código Penal de los delitos de peligro abstracto y la amplia protección que se brinda a bienes jurídicos universales. Respecto a los primeros, es fácil entender por qué el moderno legislador utiliza esta forma de tipificación de la conducta delictiva. […] Por otro lado son las que mejor se adecuan a los nuevos bienes jurídicos universales que se quieren proteger. […]. De todos modos, la tendencia a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales parece inevitable y, dada la dificultad de precisar con nitidez sus perfiles y contornos, parece inevitable también el recurso a los delitos de peligro abstracto, anticipando la intervención del Derecho penal a momentos anteriores a la afectación del bien jurídico»; Teoría general, 4.ª, 2007, p. 100, donde sin embargo sostiene que la distinción entre delitos de lesión y de peligro solo «tiene razón de ser en relación con bienes jurídicos de carácter individual con un soporte físico material u *objeto de la acción* (vida, integridad física, propiedad)», cuya lesión y puesta en peligro constituyen realidades tangibles; CUESTA PASTOR, Delitos obstáculo, 2002, p. 8; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 9.ª, 2015, p. 300. También describen estas tendencias y posturas, BUSTOS RAMÍREZ, Control social, 1987, p. 198; PORTILLA CONTRERAS, CPC, 39, 1989, pp. 737; LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, pp. 84, 171-172; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, p. 40; DOVAL PAIS, en: Boix Reig (dir.), Intereses difusos, 1994, p. 46; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, p. 20; ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, pp. 191-192; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 605-610, 639-641; PAREDES CASTAÑÓN, RDPCrim, 11, 2003, p. 97; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 177-178 y 307; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 2, 135-137, 143-146, 309-312; MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 101-104; SCHÜNEMANN, en: VV.AA., Cuestiones actuales, 2008, p. 13; ALONSO ÁLAMO, Bien jurídico-penal, 2014, p. 310.

[21] Por ejemplo, así lo afirman o lo dan a entender SCHRÖDER, ZStW, 81, 1969, pp. 16-17; AIDP, Actas del XIII Congreso Internacional de la AIDP, El Cairo, 1984, en: Cuesta (ed.), Resoluciones, 2012, pp. 123-124, que recomendó esta técnica –sin alusión alguna a los delitos de lesión y de peligro concreto– como «… medio válido para combatir los delitos económicos y de los negocios», de los que previamente había dicho que persiguen la protección de intereses colectivos, no solamente individuales; cierto es, sin embargo, que al hablar de delitos de peligro abstracto no deja clara la Asociación si el bien jurídico de referencia es el individual o el colectivo; pero, por los motivos señalados, este tipo de exposición es precisamente la que promueve la asociación de los bienes colectivos con los delitos de peligro abstracto; FIANDACA, DelPen, 3, 1984, pp. 454-462, con argumentos que sin embargo apuntan hacia el pensamiento de la acumulación o incluso la estabilización de normas de conducta; OTTO, ZStW, 96, 1984, pp. 362-363; en: Jornadas Tiedemann, 1995, pp. 461-463; WEBER, ZStW, Beiheft 1987, pp. 24-27, destacando los problemas de prueba; CARBONELL MATEU, en: Boix Reig (dir.), Intereses difusos, 1994, p. 20: «… mientras que la lesión de un bien individual presenta perfiles muy claros, la de un bien de naturaleza colectiva resulta […] mucho más difusa. En definitiva, mientras el Derecho penal, salvo excepciones, suele esperar a la lesión del bien jurídico para intervenir cuando se trata de bienes individuales, la tutela de los intereses colectivos se produce necesariamente con su puesta en peligro»; MORALES PRATS, en: Boix Reig (dir.), Intereses difusos, 1994, pp. 76-77 entiende que respecto de los "intereses difusos" no resultan operativas las técnicas clásicas de tutela penal y exigen estructuras de peligro, ya que «[n]o es posible radicar el núcleo del desvalor de resultado en el daño producido y, en ocasiones, ni tan siquiera en

Derecho penal económico, los ataques a las instituciones del orden económico mediante la infracción de las normas que las constituyen no conducirían a ningún daño mesurable científicamente, motivo este por el que ni los delitos de lesión ni los delitos de peligro concreto serían estructuras típicas adecuadas para su protección. En la medida en que los bienes jurídicos supraindividuales y el objeto de ataque serían construcciones mentales o intelectuales, su tutela pena solo podría tener lugar a través de delitos de peligro abstracto[22]. Ahora bien, aclara este autor que en estos supuestos de bienes supraindividuales no se trataría tanto de proteger un ámbito previo como de *no concebir* la propia infracción de la norma, en cuanto estado de cosas inmaterial, como un delito de lesión o de peligro concreto[23].

Esta posición ha sido sin embargo contestada por otras dos grandes tendencias favorables a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Por un lado, la de aquellos que sostienen que ante (todos o determinadas clases de) estos bienes es necesario o conveniente recurrir a técnicas de protección en principio *dogmáticamente diferentes* de los delitos de lesión y peligro (concreto e incluso abstracto); sus propuestas (que legitiman el recurso a los delitos cumulativos o a los delitos de infracción de deber) deberán ser sin embargo desarrolladas en otra ocasión diferente de la actual[24]. Frente a ellos, otra corriente doctrinal se ha decantado con razón por

---

la puesta en peligro concreto del bien jurídico»; ARROYO ZAPATERO, RP, 1, 1998, p. 8, admitiendo sin embargo en un momento dado que la denominación "delito de peligro" resulta inexacta y aproximando la situación a la del pensamiento de la acumulación; TERRADILLOS BASOCO, en: LH-Valle Muñiz, 2001, pp. 805-813; IUS, 35, 2015, pp. 17, 25-26, en relación con los bienes supraindividuales *que constituyen las bases estructurales del sistema* y siguiendo a ARROYO; además de la (en mi opinión, criticable) excepción de los bienes intermedios, este autor admite la posibilidad de utilizar estructuras típicas de lesión o peligro concreto en el caso de los bienes supraindividuales *institucionales de titularidad individual*, puesto que los intereses colectivos pasarían a segundo plano y la Administración se erigiría en titular directo; a mi modo de ver, sin embargo, esta no es una argumentación suficiente, pues la titularidad en sí nada dice sobre la estructura del bien o condiciones para su lesión; FIANDACA/MUSCO, PG, 6.ª, 2009, pp. 206-207.

[22] OTTO, ZStW, 96, 1984, pp. 362-363. Cabe sin embargo señalar que, según este autor, sí puede volver a hablarse de tutela anticipada cuando la conducta está notablemente alejada del peligro o la lesión del patrimonio (que, aunque en su opinión no sea un elemento del tipo penal propio del Derecho penal económico, sí tendría un papel en el merecimiento de pena) o cuando ya ni siquiera describe peligros característicos para el bien jurídico protegido.

[23] OTTO, en: Jornadas Tiedemann, 1995, pp. 461-463: «El medio de protección penal conveniente para el bien jurídico colectivo y la conducta que infringe reglas es el delito de peligro abstracto. […] No se trata en estos supuestos de proteger un ámbito previo, sino más bien de no concebir la propia infracción de la norma en cuanto estado de cosas inmaterial como un delito de lesión o un delito de peligro concreto. El delito de peligro abstracto es la forma adecuada de protección penal».

[24] Para este sector doctrinal, la afirmación de que los delitos de peligro abstracto constituirían la estructura típica adecuada para la protección de estas categorías de bienes jurídicos sería incorrecta o estaría, como mínimo, necesitada de ulteriores precisiones dogmáticas sobre la tipología de los delitos de peligro abstracto. Representan estas tendencias, entre otros y con sus diversos matices propios, KUHLEN, GA, 1986, pp. 399-408; ZStW, 105, 1993, pp. 711-726; en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006, p. 150 = en: Robles Planas (ed.), Límites, 2012, pp. 227-228; SCHÜNEMANN,

reivindicar el carácter lesionable de la mayoría de los bienes supraindividuales y, en particular, su posibilidad de ser lesionados y/o puestos en peligro *por conductas individuales*[25]. Se reconoce así la posibilidad conceptual de aplicarles también a estos bienes jurídicos las estructuras típicas tradicionales de delitos de lesión y delitos de peligro (concreto o abstracto), aunque no todos los integrantes de esta corriente consideren legítimo el recurso a todas ellas. Cabe destacar en este grupo a ANGIONI[26] en Italia, a ANASTASOPOULOU[27] y ROXIN[28] en Alemania, y a CORCOY BIDASOLO[29], SOTO NAVARRO[30], GRACIA MARTÍN[31] o PAREDES CASTAÑÓN[32] y otros más en España[33].

Muchos de estos autores han desarrollado criterios para determinar la lesión de bienes jurídicos supraindividuales y/o su puesta en peligro, que pueden coincidir más o menos con los relativos a los bienes individuales. Para ello, se recurre a menudo a una o varias redefiniciones: la de los concretos bienes jurídicos supraindividuales protegidos

---

en: VV.AA., Jornadas, 1991, pp. 35-37; en: Kühne/Miyazawa (comps.), Strafrechtsstrukturen, 2000, pp. 25-27 = en: Temas actuales, 2002, pp. 59-61; en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), Mediating Principles, 2006, p. 26 = en: Robles Planas (ed.), Límites, 2012, p. 74; en: VV.AA., Cuestiones actuales, 2008, pp. 14-15; en: Actas II Congreso FICP, 2017, pp. 8-12; WOHLERS, Deliktstypen, 2000, pp. 308-311, 318-328; ALCÁCER GUIRAO, RECDP, 04-08, 2002, p. 26; HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter, 2002, pp. 147-153, 182-199, 383-384; RECPC, 04-14, 2002, pp. 5-7, 10-11; en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 130-132 = en: Hefendehl (ed.), Bien jurídico, 2007, pp. 193-196; FRISCH, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 234-235 = en: Hefendehl (ed.) Bien jurídico, 2007, pp. 335-339, aunque mucho más crítico; V. HIRSCH/WOHLERS, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Rechtsgutstheorie, 2003, pp. 199, 207-211 = en: Hefendehl (ed.), Bien jurídico, 2007, pp. 289, 299-304. Da cuenta de este tipo de posiciones ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 2-3, 151.

[25] Con todo, es preciso señalar que frente a tendencias que tratan la cuestión de manera unitaria, como las de CORCOY BIDASOLO y, en buena medida, WOHLERS y VON HIRSCH, algunos autores establecen diferencias en función de la clase de bienes jurídicos de que se trate.

[26] ANGIONI, Contenuto, 1983, pp. 177, 187 ss.

[27] ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 199-214, 300-304, 309-327.

[28] ROXIN, AT, I, 4.ª, 2006, 2/83-85.

[29] CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 219-225, 371-372.

[30] SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 177-178, 184-186, 316-326.

[31] GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, pp. 64-69; Polémica, 2011, pp. 81-88.

[32] PAREDES CASTAÑÓN, RDPCrim, 11, 2003, pp. 132-134, 152-155; Ambigüedades, 2003, pp. 12-16; Justificación, 2013, pp. 232-235.

[33] Vid. también BUSTOS RAMÍREZ, Control social, 1987, p. 198: «… no hay necesidad de recurrir a delitos de peligro abstracto –que van en contra de los principios garantistas del Derecho penal–, ya que desde una debida caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él –y no al bien jurídico complementado– delitos de lesión o de peligro concreto»; LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, p. 176; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, pp. 40-43, 159-163; DOVAL PAIS, Fraude alimentario, 1996, p. 263; DÍEZ RIPOLLÉS, JpD, 30, 1997, p. 19 sostiene que es necesaria la «… elaboración de un concepto de lesión material o dañosidad de tales bienes jurídicos colectivos que, cumpliendo las exigencias dogmáticas, permita sustituir en un buen número de casos las muy cuestionables estructuras típicas de peligro, hoy tan generalizadas en relación con estos objetos de tutela, por las más garantistas de resultado material»; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 609-614, 620-625, 651-653, 660-674; HORTAL IBARRA, Seguridad en el trabajo, 2005, pp. 52-53, siguiendo a CORCOY; MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 101-125; FEIJOO SÁNCHEZ, DPC, 19, 2007, pp. 135-136, quien niega que los bienes jurídicos supraindividuales solo puedan ser protegidos por estructuras típicas de acumulación; Retribución, 2007, pp. 799-806; ALONSO ÁLAMO, Bien jurídico-penal, 2014, pp. 323; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 80-85; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 12/46.

en el tipo penal de que se trate, la del concepto general de lesión y/o la del concepto de causalidad lesiva real.

Ya de entrada, alguna doctrina ha criticado los argumentos de quienes defienden que los delitos de peligro abstracto son la única estructura típica adecuada para la protección de bienes jurídicos colectivos, pues en su opinión incurrirían a menudo en contradicciones lógicas. Si fuera verdad –hipotetizan– que no es posible la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales, o que esta resulta extremadamente difícil de determinar, el recurso al delito de peligro abstracto perdería todo su sentido, pues el peligro en sentido amplio es un concepto no autónomo –probabilidad de *lesión* de un *bien jurídico* conforme al juicio de peligro–; y, en consecuencia, aquello que no puede ser lesionado o cuya lesión no puede ser determinada tampoco puede peligrar[34]. Y, si fuera cierto que la categoría de delitos de peligro abstracto solo puede ser entendida en sentido propio en relación con bienes individuales –prosiguen–, resulta llamativo que siga habiendo autores que, como TIEDEMANN, afirmen seguidamente que los tipos de peligro abstracto son a pesar de todo la «única configuración típica imaginable» para la protección de bienes jurídicos colectivos[35]. En ese sentido, quienes se desmarcan de este tipo de argumentaciones ganarían por lo menos en coherencia y claridad discursiva.

III. LA CORRECTA PRECISIÓN DEL BIEN JURÍDICO

Por supuesto, a muchos de los integrantes del grupo que ahora se analiza no se les escapa la existencia de tipos penales configurados de manera desafortunada –sin que esto pueda, sin embargo, ser considerado a su juicio como una característica de los bienes supraindividuales *en bloque*– ni la dificultad de la tarea de definir la lesión de un bien jurídico colectivo[36]. Por eso, tanto entre quienes defienden concepciones restringidas de los bienes jurídicos supraindividuales como entre quienes optan por concepciones más amplias, se ha afirmado que un primer paso en el proceso legislativo e interpretativo sería la correcta precisión del bien jurídico protegido, evitando las

[34] Entre otros, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, pp. 40-43, 160; p. 43: «solamente podrá crearse un peligro si la lesión es posible (y por tanto, si ésta puede ser determinada). De otro modo el concepto de peligro carece de sentido»; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 650-651; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 178, 307; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 137-138, 312; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, p. 83. Como se advierte en el texto, la referencia al peligro se hace en sentido amplio, pues también la peligrosidad de una conducta debe ponerse en relación con la probabilidad *ex ante* de lesión de uno o varios bienes jurídicos.

[35] Así, por ejemplo, ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, p. 143.

[36] Vid., entre otros, CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 371-372; PAREDES CASTAÑÓN, RDPCrim, 11, 2003, p. 131.

definiciones excesivamente vagas a indeterminadas[37]. De hecho, muchos autores han recordado que la estructura de peligro o de lesión del tipo dependerá en buena medida del bien jurídico protegido en él y del concreto modo en que este quede configurado o definido[38]: el propio JAKOBS ya apuntaba que, si en los delitos contra el patrimonio se hubiera determinado que el bien jurídico protegido no es el patrimonio (es decir, la propiedad o la posesión sobre este) sino la libertad que gracias a él se gana, entonces estos tipos se habrían convertido en delitos de peligro abstracto contra la libertad[39]. Parece que lo ideal es buscar el nivel más concreto posible del bien jurídico protegido, rechazando la tendencia a espiritualizar en exceso los bienes colectivos, pero tratando de no caer tampoco en el extremo opuesto de desmenuzar los bienes jurídicos supraindividuales en una infinidad de objetos de protección[40]. Considero en este sentido que las reflexiones de las concepciones restringidas en torno a los rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales pueden ser de utilidad, aunque para ello sería preciso un análisis más profundo de parte especial que excede los límites de este trabajo[41].

Por su parte, PAREDES CASTAÑÓN ha considerado preferible una configuración del bien jurídico que tenga una referencia empírica clara (evitando, por ejemplo, expresiones como las de «estabilidad» o «buen funcionamiento» de un determinado subsistema o institución) y más bien asociada a pautas determinadas de conducta[42]. Otros autores han mantenido, desde otra perspectiva, que también en los bienes jurídicos supraindividuales sería posible distinguir concretas formas «individualizables»

[37] BUSTOS RAMÍREZ, Control social, 1987, pp. 196-198; LAURENZO COPELLO, Resultado, 1992, p. 176; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, pp. 43, 159-163; DÍEZ RIPOLLÉS, JpD, 1997, p. 18; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 609-614, 652-653; PAREDES CASTAÑÓN, RDPCrim, 11, 2003, pp. 132-134; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 186, 192; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, p. 309; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, PG, 4.ª, 2014, pp. 163, 180-181; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 80-88. He trabajado sobre las concepciones restringidas y amplias del bien jurídico en PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Foro FICP, 2017-1, pp. 492-529.

[38] GRASSO, RIDPP, 1986, p. 691; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 612-614; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 183-186.

[39] JAKOBS, AT, I, 2.ª, 1991, 6/88 = PG, I, 2.ª, 1997, 6/88.

[40] Una crítica en este sentido la ofrece FIANDACA, DelPen, 3, 1984, p. 461. En su opinión, aun admitiendo la premisa de que el bien jurídico pudiera ser reconvertible al interés concreto que subyace al bien institucional –lo cual está lejos de reconocer–, los resultados no serían tampoco adecuados, puesto que proliferarían hasta la desmesura los intereses protegidos, con el riesgo de hacer compleja y engorrosa la tarea de redactar los hechos de los tipos penales.

[41] Vid. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Foro FICP, 2017-1, pp. 492-529.

[42] PAREDES CASTAÑÓN, RDPCrim, 11, 2003, pp. 132-134; Ambigüedades, 2003, p. 15. Este autor pone el ejemplo de la pauta "dar información adecuada a los clientes", cuya verificación empírica (y consecuente determinación de si hay vulneración o no) sería más sencilla que la mera referencia al "comportamiento correcto con los consumidores". De acuerdo con él, MARTÍNEZ-BUJÁN, PG, 4.ª, 2014, p. 163. En mi opinión, se muestra así como mínimo cierto paralelismo –si no coincidencia sustancial– con el pensamiento de la infracción o incumplimiento de deberes o reglas de juego en determinados ámbitos, puesto que las pautas de conducta no son sino reglas, normas de conducta, que imponen deberes.

de manifestación del substrato del bien jurídico[43]. En línea similar, CASTRO MARQUINA propone la determinación de «unidades lesionables» en el bien jurídico protegido de naturaleza supraindividual[44].

En definitiva, la idea que se encuentra detrás de todas estas propuestas es la de buscar definiciones o configuraciones del bien jurídico protegido en el tipo que lo hagan susceptible de ser lesionado o puesto en peligro por una conducta determinada, en los términos que se verán. Es más: se ha llegado a afirmar, con razón, que si no se puede concebir y probar tal posibilidad, entonces es que el objeto protegido no sería un auténtico bien jurídico, o por lo menos no uno merecedor de protección penal[45]. Por eso, una de las propuestas de ANASTASOPOULOU para detectar bienes jurídicos aparentes es precisamente la de tratar de determinar mentalmente el momento de su lesión y el de su puesta en peligro: si esta tarea resultara conceptualmente imposible, dada la extrema vaguedad del bien, entonces se estaría ante un bien jurídico supraindividual meramente aparente[46]. Y es que no se debería olvidar que, incluso cuando se trata de bienes jurídicos supraindividuales con substrato inmaterial (en el sentido de incorpóreo, mental, intelectual o sociológico), ello no significaría que no tengan una realidad empírico-sociológica, que entre otras cosas requiere que sean susceptibles de lesión o puesta en peligro causal mediante acciones humanas individuales[47]. En otras palabras,

[43] DÍEZ RIPOLLÉS, JpD, 1997, p. 18; FEIJOO SÁNCHEZ, Retribución, 2007, pp. 797-798; MARTÍNEZ-BUJÁN, PG, 4.ª, 2014, pp. 180-181. En parte, estas afirmaciones proceden de su concepción espiritualizada del bien jurídico, según la cual debe procederse a una generalización o abstracción del substrato. Con un ejemplo se entiende mejor: para estos autores, la vida *humana* sería el bien jurídico y la vida *de una persona* una forma de manifestación del substrato, unidad ya sí delimitada e individualizable. Ahora bien, cabe preguntarse por qué proceder entonces a la generalización y abstracción del substrato en primer lugar, si después debe prescindirse de ella para poder determinar la lesión del bien jurídico. Contra la llamada "lógica de clases" (la idea de convertir en bien jurídico a la *clase* a la que pertenecen los objetos realmente existentes), vid. HEFENDEHL, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Rechtsgüterschutz, 2003, p. 123 = en: Hefendehl (ed.), Bien jurídico, 2007, p. 185. Vid. también SCHÜNEMANN, en: Jornadas, 1991, p. 36; en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), Mediating principles, 2006, p. 26 = en: Robles Planas (ed.), Límites, 2012, p. 73.

[44] CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 84-88: señala, por ejemplo, que en el delito de drefraudación tributaria «… sería factible encardinar la unidad a la persona, física o jurídica, que está obligada a contribuir al sostenimiento del gasto público de acuerdo con lo dispuesto en el art. 31 de la Constitución. Si tomamos como bien jurídico la función del tributo, en el momento en que una persona realiza la conducta prohibida, se frustran las tres finalidades del tributo» (*idem*, pp. 84-85).

[45] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, pp. 43, 160; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 612, 651-653; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 296; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 199-202; GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, p. 64; Polémica, 2011, p. 81.

[46] ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 300-304, 309-317, 324-325. La otra propuesta de esta autora es considerar desde una perspectiva *ex ante* a qué cantidad y clase de bienes jurídicos personales afectaría la lesión del bien jurídico supraindividual objeto de análisis: y, si no fuera posible determinar *ex ante* ni el número ni la clase, se estaría ante un auténtico bien jurídico supraindividual.

[47] ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 192-193; GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, pp. 64-65; Polémica, 2011, pp. 81-83; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 81-82.

las referencias a un substrato inmaterial no deberían entenderse necesariamente en el sentido de un abandono de la concepción real del bien jurídico en favor de una concepción ideal o espiritualizada, cuya capacidad de lesión causal directa sería *generalmente* más cuestionable[48].

IV. LA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE LESIÓN Y DE CAUSALIDAD LESIVA

Como se ha comentado, muchas de las propuestas de este grupo de autores pasan por la redefinición de lo que ha de entenderse por lesión, previa crítica al concepto causal-naturalista asociado ante todo a la drástica idea de *destrucción* del bien jurídico. En lugar de a este último, se recurre en cambio al ya expuesto *concepto normativo* de lesión, vinculado a la idea más valorativa de *afectación* o menoscabo del bien jurídico protegido: de esta manera, un ataque con efectos *perturbadores* para el bien jurídico, o que alterase sus cualidades relevantes, habría de ser considerado lesivo aunque no hubiera destruido físicamente el bien jurídico ni lo hubiera inutilizado totalmente[49].

Por ejemplo, ROXIN ha sostenido recientemente que para hablar de una lesión en los bienes jurídicos supraindividuales no hace falta que el *sistema global* al que hacen referencia quede perjudicado, sino que bastaría con un daño o deterioro *puntual*: así, en su opinión, una única declaración falsa sería suficiente para poder hablar de una lesión de la pureza de la Administración de Justicia, a pesar de que la capacidad de funcionamiento del sistema de la Administración de Justicia como tal no haya quedado globalmente dañada[50]. Cabe adelantar ya, sin embargo, que tampoco hay unanimidad sobre la concreta forma de aplicar este concepto de lesión, y que a tales efectos algunos autores han desarrollado criterios específicos, que se verán más adelante. Pero, de

[48] Las *concepciones reales* del bien jurídico mantienen que este es un objeto o estado de cosas valioso procedente de la realidad (material o inmaterial) y susceptible de ser directamente lesionado mediante procesos causales (físicos o psíquicos). Nótese, por otro lado, que algunos de los autores incluidos en este epígrafe, como por ejemplo CORCOY, DÍEZ RIPOLLÉS o MAYO CALDERÓN, defienden concepciones más bien ideales o espiritualizadas del bien jurídico, a pesar de lo cual defienden (con diversos matices) su carácter lesionable.

[49] CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, p. 221; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 613-615, 618-625, 650-652, 662-664; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 319; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 199-214; ROXIN, AT, I, 4.ª, 2006, 2/83-85; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 82-85, p. 82: «La inviabilidad de la lesión del bien colectivo pergeñada por el discurso de la resistencia tiene mucho de profecía autocumplida. Seleccionan como bienes jurídicos lo que son simples *ratio legis* o plantean la lesión en términos similares a su destrucción».

[50] ROXIN, AT, I, 4.ª, 2006, 2/83-85. Crítico con su postura, vid. HEFENDEHL, GA, 2007, p. 11 = en: Hefendehl (ed.), Bien jurídico, 2007, p. 472: «… no se está sino fingiendo una lesión del bien jurídico. Precisamente, un bien jurídico colectivo no es aquel que se puede lesionar "puntualmente" –como la integridad corporal–».

manera ilustrativa, ANASTASOPOULOU considera que el concreto delito de falso testimonio no sería uno de lesión, como defiende ROXIN, sino uno de peligro abstracto: la lesión tendría lugar más adelante –añade–, cuando el juez o tribunal creyera al testigo que miente (p. ej., al dar una coartada al acusado) y, como consecuencia de ello, emitiera una resolución errónea (p. ej., la absolución injusta)[51].

Desde algunos sectores se podría reprochar cierto oportunismo en este cambio en el concepto de lesión, al considerar que su propósito sería únicamente el de hacerlo compatible con la propia tesis a favor de la posibilidad real de lesionar bienes jurídicos supraindividuales mediante conductas individuales. Esta crítica podría ser tal vez válida para quienes recurren a esta concepción normativa de manera complementaria y no sustitutiva de la anterior[52]. Sin embargo, y como se avanzó en su momento, lo que algunos de los integrantes de este grupo –entre los que destacan CORCOY y ANASTASOPOULOU– han tratado de poner de manifiesto es que esta idea de lesión ya se estaría aplicando –consciente o inconscientemente– en el análisis teórico y práctico de la mayoría de los tipos que protegen bienes jurídicos individuales: y no solo en el de aquellos con substrato claramente inmaterial (en el sentido de mental, intelectual o sociológico), que a fin de cuentas también plantean más problemas ante el concepto causal-naturalista, sino también en el análisis de aquellos cuyo substrato es en principio material (en el sentido de físico-químico, corporal o biológico), como la salud personal o la integridad física[53].

De hecho, acertadamente, ANASTASOPOULOU considera ilusoria la idea –tan propagada– de que los bienes jurídicos individuales son generalmente materiales: por mucho que la mayoría de tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales

[51] ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, p. 204.

[52] Este parece ser a veces el caso de MARTÍNEZ-BUJÁN, PG, 4.ª, 2014, p. 124, que afirma que «… la presencia de bienes jurídicos supraindividuales comportará (según indicaré posteriormente) la relevante particularidad de sustituir la idea de lesión por la más difusa de "afectación", con la consiguiente pérdida de importancia de la relación de imputación objetiva en sentido estricto […]». Las diferencias con CORCOY se incrementan a la hora de interpretar algunos tipos concretos de la parte especial, como los delitos fiscales, pues lo que para CORCOY es el bien jurídico protegido en el tipo, para MARTÍNEZ-BUJÁN no es más que el bien jurídico *mediato*. De hecho, en su opinión, el bien jurídico inmediato de este tipo, con substrato material, sí sería abiertamente susceptible de lesión en el sentido tradicional de *destrucción*, como los delitos de hurto o robo (*idem*, pp. 177-180).

[53] Muy claramente en este sentido, CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 219-225, 371-372; en: Mir/Corcoy (dirs.), Política criminal, 2004, p. 31; en: Mir Puig (dir.), Derecho penal, 2007, pp. 376-377; GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 650-652; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 199-202; ROXIN, AT, I, 4.ª, 2006, 2/83, que pone el ejemplo de una bofetada como conducta ya lesiva; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 82-83, que recuerda que exigir la desaparición de la realidad social preexistente que integra el substrato del bien jurídico supondría una elevación de los estándares de la lesión por encima de los de los bienes jurídicos individuales.

tengan objetos de la acción y sujetos pasivos claramente perceptibles por los sentidos, el substrato del bien jurídico no sería en muchos casos material, *por lo menos no plenamente*[54]: piénsese, aparte de en los más recurrentes delitos contra el honor, en los delitos contra la libertad o la intimidad, e incluso en los delitos contra el patrimonio (que protegen la propiedad y la posesión –como derechos reales– sobre determinados recursos, estos ya sí con naturaleza material o materializable). Aceptar esta idea conllevaría también asumir que la noción de causalidad que se está aplicando en estos casos no es solo una de naturaleza físico-química, característica de las ciencias naturales, sino también una de carácter psíquico o sociológico –pero no por ello menos *real*–, que atendería a las relaciones de interacción social[55]. En definitiva, considero que el rechazo de la concepción tradicional de lesión se perfila como la opción más coherente, pues evita, de una parte, el desfase entre la definición puramente teórica y su aplicación a los tipos penales de la parte especial, y, de otra parte, el manejo de varios conceptos teóricos diferentes de lesión.

Además, para reforzar la idea de causalidad lesiva real por efecto de una única conducta individual, o en cualquier caso armonizar la punición de estas perturbaciones con el principio de intervención mínima, se ha defendido la posibilidad de imponer en el tipo algunas condiciones adicionales sobre el hecho típico[56]. Si el problema en algunos casos es la diferencia de escala o la desproporción entre una conducta individual –que contribuye en cierta forma a la afectación del bien a largo plazo, pero no resulta peligrosa *por sí misma*– y un bien jurídico considerado demasiado extenso –incluso, cabe añadir, tras haber precisado su configuración en los términos comentados anteriormente–, puede que sí quepa afirmar la capacidad intrínseca de esa conducta para afectar el bien jurídico *a partir de un cierto límite mínimo*, como se hace por ejemplo en el delito de defraudación tributaria al exigir una cuota tributaria defraudada superior a

[54] ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 199-202.

[55] Vid., por ejemplo, SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 319; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 202-203. También LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 31/18 se refiere a la causalidad *psíquica*, junto con la *material* (física o química): «… en un estado de cosas pacífico o en reposo, o considerado como *statu quo* en la situación que presenta sin modificaciones en un determinado momento, *sólo puede causar un resultado, es decir una modificación o cambio de ese estado de cosas, la irrupción o entrada en el mismo de una energía proveniente de un proceso natural o de un acto humano* (energía física, como movimiento o golpe, calor, frío, electricidad, ondas, radiación, etc., agregación de sustancias que desencadenan una reacción química) o la adición de un acto humano o de una nueva situación capaz de influir mentalmente en el comportamiento o decisión de otro: causalidad material o causalidad psíquica, respectivamente». En cursiva y, además, negrita en el original.

[56] De hecho, los propios defensores de la idea de la acumulación o daño cumulativo admiten a veces la posibilidad excepcional de que una sola conducta individual sea capaz de lesionar el bien.

120.000 euros (art. 305 CP)[57]. Así, apunta MENDOZA BUERGO: «Tal vez, pues, la clave esté en atender al carácter lesivo o no de la propia conducta sin comparar, necesariamente, escalas incomparables por su muy distinta magnitud. Ello debe hacerse, por otra parte y como es evidente, tomando en cuenta los principios que se acaban de señalar, exigiendo un mínimo de peligrosidad en la acción para afectar, aunque sea a escala, las condiciones de integridad del bien jurídico, de manera que infracciones insignificantes no pueden encontrar su sanción en el terreno penal, ni siquiera en atención a razones preventivas y de protección, sino descender a la condición de infracciones administrativas o, en su caso, civiles»[58].

V. CRITERIOS DOCTRINALES ADICIONALES PARA DETERMINAR LA LESIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES

Para la doctrina citada, las reflexiones anteriores no quieren decir que la determinación de la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales y su prueba sean sencillas, sobre todo cuando se trata de aquellos con substrato inmaterial. Ahora bien, para poner esta afirmación en su debido contexto se alega que la doctrina y la jurisprudencia también se habrían enfrentado a problemas similares en relación con los bienes jurídicos individuales inmateriales, sin que la posibilidad de que estos puedan ser lesionados haya sido *tan* cuestionada por regla general como en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales[59]. Es por esta suerte de razones por lo que CORCOY señala que «[l]a mayor dificultad para probar la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales es más aparente que real y, en el caso de los nuevos delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, proviene más de la falta de referencias jurisprudenciales que de la indeterminación de estos bienes»[60].

Con el objeto de allanar el camino, algunos autores han propuesto criterios o directrices para determinar la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales con

[57] MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, pp. 494-495; GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, pp. 68-69; Polémica, 2011, pp. 87-88, en referencia al principio de intervención mínima; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, p. 85, en igual sentido que GRACIA.

[58] MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, p. 495. Igualmente, en materia de efectos sinérgicos lesivos en el medio ambiente, añade esta autora que «… al autor solo se le puede imputar lo que ha hecho individualmente de forma objetivamente contraria a la norma e imputable subjetivamente. Lo que no era ni podía ser previsible no puede ser objeto de atribución de responsabilidad penal. Solo si al autor le era exigible prever la posibilidad del efecto sinérgico y en virtud de ello estaba obligado a omitir la acción, se le podrá hacer responsable de la misma y, eventualmente, siguiendo las reglas de imputación, del resultado producido»: *ibidem*.

[59] CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, p. 372; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 199-202.

[60] CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 371-372.

carácter general, sin perjuicio de que la concreta lesión de los bienes jurídicos supraindividuales protegidos en cada subsistema de delitos requeriría un análisis profundo y específico de parte especial. Para ANGIONI, por ejemplo, la lesión de los bienes *institucionales* consiste en la parálisis de una actividad, en su mal funcionamiento o en la pérdida de sus características esenciales[61]. Ahora bien, sin ánimo de exhaustividad, en España destacan especialmente dos grandes grupos de propuestas: en unos casos, se centra la atención en la estructura del bien jurídico, en particular en si se trata de bienes jurídicos con substrato material (en el sentido de corpóreo, físico o biológico) o inmaterial (en el sentido de incorpóreo, mental o sociológico), y en si la acción típica recae o no sobre un objeto de la acción u objeto material que pudiera servir de referencia[62]; en otros, se recurre al análisis de las funciones que desempeña el bien jurídico supraindividual protegido en el tipo[63].

1. La atención al substrato del bien jurídico y el recurso al objeto de la acción

En el discurso sobre los bienes jurídicos supraindividuales, a menudo se ha hecho hincapié en aquellos con substrato inmaterial (en el sentido de incorpóreo, mental, intelectual o sociológico)[64]; no obstante, no debe olvidarse que existen algunos cuyo

[61] ANGIONI, Contenuto, 1983, p. 177.

[62] Entre otros, CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 130-134, 165-170, 206, 371-372; MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 101-125.

[63] Entre otros, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, p. 40: «Si hemos afirmado […] que el bien jurídico es una síntesis normativa de un conflicto social determinado, la lesión al mismo consistirá en hacer prevalecer ciertos intereses –que forman parte integrante de dicho conflicto– en detrimento de aquéllos cuya preeminencia ha sido consagrada normativamente»; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 316-326; GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, pp. 64-69; Polémica, 2011, pp. 81-88; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 81-85. En Alemania, esta postura que propone tomar en consideración la función real del bien jurídico está representada por ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 204-205.

[64] Incluso si se parte de una concepción real del bien jurídico, puede distinguirse entre este último y su substrato. Así, el bien jurídico consiste en su *substrato*, es decir, la realidad sobre la que descansa, *y su valoración*, que para muchos autores está ligada a su función para el desarrollo del individuo. El substrato por sí solo, ya sea *material* (en el sentido de una realidad físico-química, corpórea o biológica) o *inmaterial* (en el sentido de una realidad incorpórea, mental, intelectual o sociológica), sería valorativamente neutro, y solo cuando al mismo se añade su valoración –conforme a los fines y objetivos del programa ético-social– adquiriría el perfil de bien jurídico. Dicho esto, también resulta necesario diferenciar el bien jurídico protegido del concreto objeto sobre el que *en algunos delitos* recae la acción. Se habla así a veces de la distinción entre el *objeto jurídico o de protección*, esto es, el bien jurídico protegido, y el *objeto material u objeto de la acción*. Este último sería la cosa o la persona sobre la que recae la acción típica, que puede coincidir o no con el sujeto pasivo del delito. Así, el bien jurídico sería la vida, entendida como realidad individual y socialmente valiosa, y el objeto de la acción sería el cuerpo humano –o incluso, más concretamente, uno o varios órganos vitales del cuerpo–; en los delitos patrimoniales (*e.g.*, el hurto, el robo o los daños), el bien jurídico protegido consistiría en la propiedad o la posesión –como derechos reales– sobre determinados objetos, mientras que el objeto de la acción sería la concreta cosa sobre la que tal propiedad o posesión recae, y el sujeto pasivo el titular de los derechos reales en cuestión. Vid. sobre todo ello, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, Lesión, 2003, p. 88; GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, pp. 65-66; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª, 2015, p. 254; LUZÓN

substrato es material (físico, biológico) o tiene, por lo menos, ciertos elementos materiales: así, por ejemplo, el muy citado medio ambiente o algunas manifestaciones del patrimonio histórico, cultural y artístico[65]. La cuestión sobre el carácter lesionable de estos bienes resulta un poco menos problemática[66], especialmente si se tienen en cuenta las anteriores reflexiones sobre la correcta precisión del bien jurídico, la adopción del concepto normativo de lesión y la eventual fijación de algunos límites mínimos a partir los cuales el hecho típico pueda considerarse (suficientemente) perturbador *por sí mismo* para el bien jurídico, en consonancia con los principios de ofensividad e intervención mínima y solucionando así eventuales problemas de diferencia de escala.

Para MAYO CALDERÓN, si el bien jurídico supraindividual tiene un substrato material (que esta autora identifica con lo empírico o real), la graduación de la afectación del bien jurídico deberá atender precisamente a criterios empíricos; en particular, habrá que determinar si la acción produce o no un determinado resultado en el mundo real, es decir, un efecto externo de lesión o peligro concreto sobre ese substrato material, que podrá a su vez constituir un resultado jurídico de lesión o de peligro concreto[67]. Por ejemplo: en relación con el medio ambiente, si el efecto externo sobre el equilibrio de los sistemas naturales (el substrato material del bien jurídico) ha

---

PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 13/17-18; MIR PUIG, PG, 10.ª, 2016, 6/40, 9/15-16. A su vez, algunas concepciones ideales menos tradicionales también distinguen entre el *bien jurídico*, el "*objeto del bien jurídico*" y el *objeto de la acción*: así, DÍEZ RIPOLLÉS, JpD, 30, 1997, pp. 17-18; ABANTO VÁSQUEZ, RP, 18, 2006, pp. 15-18.

[65] Nótese, sin embargo, que no existe acuerdo total sobre si el medio ambiente tiene naturaleza material o no, señalando algunos autores que se trataría de una entidad normativa (v. por ejemplo JAKOBS, ZStW, 107, 1995, p. 857; QUINTERO OLIVARES, Derecho penal ambiental, 2013, p. 29: «En última instancia, el medio ambiente como bien jurídico es una entidad normativa que el Derecho pretende imponer a la realidad, no una realidad física que se impone al Derecho. En definitiva, el medio ambiente como bien jurídico consiste en aquel estado o conjunto de estados del medio ambiente real que el Derecho considera dignos de protección»). A pesar de todo, no puede negarse que buena parte de los elementos que componen el núcleo del medio ambiente son realidades biológicas: v. al respecto HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter, 2002, pp. 133-134. También entre los bienes individuales, como se ha mostrado anteriormente, habría substratos hasta cierto punto mixtos, como en el caso de los delitos patrimoniales.

[66] Hasta el propio HEFENDEHL admite que respecto de los "contingentes *estatales* agotables", como los recursos financieros estatales, puede hablarse de lesión con cada acción típica, sin necesidad de recurrir a la idea de acumulación: HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter, 2002, pp. 199-201, 385; en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Rechtsgutstheorie, 2003, p. 132 = en: Hefendehl (ed.), Bien jurídico, 2007, pp. 195-196.

[67] MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 111-117. Interesa precisar en primer lugar que, en lugar de referirse al substrato –como se hace aquí–, esta autora utiliza la expresión «objeto del bien jurídico» y lo clasifica según si es «material o no». Así pues, las referencias al «objeto material del bien jurídico» que hace esta autora pueden generar confusión con lo que aquí se ha llamado *objeto material* u *objeto de la acción* (y que MAYO CALDERÓN prefiere denominar de esta última forma o como *objeto del hecho*). Por otro lado, el problema de que identifique el substrato material con lo real o empírico es que puede generar la idea errónea de que los substratos inmateriales no pertenecen a la realidad.

sido de tal magnitud que haya afectado a la capacidad del sistema natural para regenerarse, entonces se tratará de un resultado de lesión; en cambio, si el efecto no ha alterado la capacidad de regeneración del bien jurídico, se tratará de un resultado jurídico de peligro concreto[68].

En cambio, si se trata de un bien jurídico con substrato inmaterial, «cada acción contraria al valor social que representa el bien jurídico» ya lo estaría afectando en sentido amplio, en opinión de MAYO CALDERÓN. Y, a la hora de *graduar* la concreta clase de afectación, habría de recurrirse a criterios puramente valorativos[69]: la citada fijación de una cantidad mínima en el delito de defraudación tributaria sería a su juicio uno de ellos[70].

Para CORCOY, una vía para ayudar a determinar la afectación de los bienes jurídicos supraindividuales con substrato inmaterial consistiría en atender al efecto típico sobre el objeto de la acción u objeto material, que define como «… la "cosa" sobre la que incide el comportamiento»[71]. En su opinión, aunque en estos casos no existiría una conexión directa entre este objeto de la acción y el substrato del bien jurídico –frente a lo que sucedería a su juicio en los delitos de resultado que protegen bienes jurídicos individuales con substrato material–, la función de seguridad jurídica del objeto de la acción sería la misma que en los supuestos en que objeto de la acción y substrato (material) del bien jurídico coinciden[72]: en particular, «… cumple la función de prueba de que la conducta era peligrosa, por un lado, y, además, desde una perspectiva político-criminal, la afectación del objeto del delito también genera esas sensaciones de perturbación, de inseguridad e indignación […]»[73].

---

[68] MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 113-114. Nótese, por otro lado, que esta autora parece todavía identificar (en este y, sobre todo, en otros ejemplos) la lesión con la destrucción o inutilización del substrato material. Ello puede deberse, sin embargo, a los tipos seleccionados y a la concreta configuración que defiende respecto del bien jurídico protegido en cada uno de ellos.

[69] MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 111-112, 115-120.

[70] Esta autora defiende una teoría funcionalista en relación con el bien jurídico protegido en este delito, al definirlo (en la línea de GRACIA) como "las funciones del tributo". Ello puede favorecer la idea de que se trata de un bien jurídico con substrato inmaterial.

[71] CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 132-133.

[72] CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 130-134, 165-170, 206, 223, 371-372. Nótese que esta autora parte de algunas premisas diferentes sobre la definición del bien jurídico y del propio resultado real-estricto. En el texto se están intentando adaptar los términos a los empleados en el presente trabajo.

[73] CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, p. 166. También FEIJOO SÁNCHEZ, Retribución, 2007, p. 801 ha sostenido que «[l]o decisivo, pues, no es el carácter individual o colectivo del bien, sino otros aspectos como, por ejemplo, la posibilidad de otorgarle un contorno más o menos claro a los objetos materiales del delito o a los objetos del ataque».

Siguiendo un procedimiento contrario al habitual, sostiene CORCOY que este resultado o efecto sobre el objeto de la acción habría de ser imputado en primer lugar a la conducta típica, y después, mediante un segundo juicio de imputación, debería determinarse su idoneidad para afectar al bien jurídico protegido. Este último paso permitiría en su opinión una interpretación restrictiva del tipo penal conforme al principio de intervención mínima: así, tampoco cualquier efecto sobre el objeto de la acción implicaría la lesión del bien jurídico, sino solo los especialmente graves. En las manipulaciones genéticas –ejemplifica–, el objeto de la acción sería el genoma humano alterado, y el bien jurídico supraindividual protegido sería la identidad de la especie humana; pues bien, la alteración del genoma constituiría un resultado real-estricto que debería ser imputado a la conducta, y después, habría de analizarse si tal alteración del genoma sería idónea y penalmente relevante para afectar a la identidad de la especie humana, lo cual no sucedería en todos los casos: por ejemplo, no habría idoneidad si el genoma alterado no tuviera capacidad de reproducirse[74].

2. La perturbación de las funciones del bien jurídico supraindividual

Dentro del segundo grupo de propuestas para determinar la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales, tiene especial importancia el planteamiento de SOTO NAVARRO. Esta autora concluye, desde una perspectiva sistémica enriquecida con referentes axiológicos, que la lesión de los bienes jurídicos colectivos consiste en la perturbación de su *función social* (para la sociedad y, en última instancia, para el individuo), y que en buena medida puede deducirse de su regulación jurídica en los diferentes sectores del ordenamiento[75]. Así, «… será lesivo el comportamiento que perturbe la función social encomendada a un determinado subsistema de comunicación, función que, primero, ha de revestir un carácter indispensable para la propia subsistencia y/o desarrollo del sistema social en su conjunto; segundo, ha de ser susceptible de un aprovechamiento colectivo, sin que ningún partícipe en la interacción social pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros»[76]. Tal perturbación, que en definitiva no sería otra cosa que un *impedimento* u *obstaculización* de la función social, repercutiría automáticamente en las posibilidades de acción de los individuos (ya sea por exclusión

[74] CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, pp. 167-170, 222-224, 254-255. Sigue a esta autora GORRIZ ROYO, Ordenación, 2003, pp. 664-665.

[75] SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 308-309, 316-326.

[76] SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 320, reconociendo que el planteamiento tiene ciertas conexiones (pero también notables diferencias) con el de AMELUNG, WELZEL y RUDOLPHI.

de algunos de ellos del proceso de interacción social o por limitación de su aprovechamiento potencial del sistema), y podría ser provocada por conductas determinadas[77].

Por ejemplo, en el caso de la Administración de Justicia, considera SOTO NAVARRO que la configuración del bien jurídico debería partir de la base de que su función social es la *función jurisdiccional*, y distingue así tres formas de conducta lesivas: (i) las que sustrajeran a la Administración de Justicia un conflicto social cuya solución le estuviera reservada; (ii) las que comportaran una utilización de la Administración de Justicia para crear un conflicto social y (iii) las que impidieran u obstaculizaran que la Administración de Justicia solucionara un conflicto social. A esta última modalidad pertenecerían las conductas tipificadas en el delito de encubrimiento (art. 451 CP), con la peculiaridad de que el tipo no requiere que se lleguen a producir los efectos lesivos, sino que basta con que la conducta del encubridor esté dirigida a su consecución: por lo tanto, se trataría en opinión de esta autora de un delito de resultado cortado, que anticiparía la barrera de protección del bien jurídico al momento de la puesta en peligro, pero con específico dolo de lesionar[78].

En una línea similar, GRACIA también se remite a las funciones específicas de los bienes jurídicos supraindividuales. Para este autor, la legitimidad de los bienes colectivos depende de su potencialidad para la autorrealización personal de «todos por igual», mediante el concreto desempeño de una doble función en los diferentes ámbitos de la interacción social: de una parte, la seguridad, conservación o contención de riesgos

[77] SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, p. 322: «Si […] los bienes jurídicos colectivos se concretan en unidades con valor funcional, cabe la delimitación de efectos lesivos generados por e imputables a acciones individuales [sic]». De acuerdo con ella, CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 85-88. En contra, HEFENDEHL, GA, 2007, p. 11 = en: Hefendehl (ed.), Bien jurídico, 2007, p. 472 precisamente considera que es la función social de determinados bienes jurídicos colectivos la que impide que estos queden lesionados, al estar configurada su tarea de forma "elástica".

[78] SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 322-323. Actualmente, el art. 451 CP señala lo siguiente: «Artículo 451. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.// 2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.// 3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura […]».

para bienes jurídicos individuales, y de otra –función esta *esencial*–, la promoción y desarrollo de las posibilidades legítimas de acción de los individuos[79].

En particular, GRACIA considera que los substratos inmateriales de la mayoría de bienes jurídicos supraindividuales podrían definirse como «… modos de *orden* objetivo de conjuntos determinados de circunstancias dadas o del desarrollo de procesos y procedimientos determinados en los diferentes ámbitos de la interacción social y cuya finalidad última es favorecer o incrementar las posibilidades legítimas de acción por igual para todo *posible* participante en el ámbito social de que se trate»[80]. Así pues, estos substratos se identificarían en buena medida con las regulaciones de contextos y situaciones macrosociales, como por ejemplo el procedimiento de contratación bursátil, la regulación del mercado de inversión de capitales o del funcionamiento de sociedades mercantiles, la regulación medioambiental y en materia de flora y fauna, etc.

Teniendo esto en cuenta, la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales consistiría «… en la desestabilización de las circunstancias o en la desviación de los procedimientos reales con respecto al modelo de ordenación establecido en la regulación jurídica primaria, y para comprobarlo deberá bastar con la comparación correspondiente (así, por ejemplo, del grado de impureza de hecho de las aguas o del aire, de la inveracidad del folleto de emisión en el mercado de capitales, de la utilización de información privilegiada en la contratación bursátil, etc.)»[81]. Expuesto de esta forma, es decir, centrada la lesión en la desviación de los procedimientos reales, existiría el riesgo de equiparar la lesión del bien jurídico con la mera infracción administrativa; por ello, parece en mi opinión más acertada la referencia a la *desestabilización*, que permite una interpretación conectada verdaderamente con las funciones de los bienes jurídicos supraindividuales. En cualquier caso, afirma GRACIA que conviene fijar límites mínimos a partir de los cuales la conducta tenga relevancia penal (junto con otros criterios adicionales como la pérdida de dominio por el autor, el

[79] GRACIA MARTÍN, en: LH-Vives Antón, 2009, p. 911; RDPCrim, 3, 2010, pp. 61-63; Polémica, 2011, pp. 76-80. Le siguen en este punto MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 77-80; RUEDA MARTÍN, EPC, XXX, 2010, pp. 423-429; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, pp. 85-88.

[80] GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, p. 65; Polémica, 2011, p. 83.

[81] GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, p. 66; Polémica, 2011, p. 84. En su opinión, esta lesión supondría *eo ipso* una devaluación de los bienes jurídicos individuales, que alcanzaría a una pluralidad de individuos cuyo número podría llegar a ser muy elevado.

carácter reparable o no del daño, la pérdida de confianza generada, etc., que no desarrolla), para evitar así la infracción del principio de intervención mínima[82].

Una tercera aportación, un tanto *sui generis*, es la de PAREDES CASTAÑÓN, que se dedica a concretar, en relación con los bienes jurídicos supraindividuales, su teoría sobre las acciones dañosas anteriormente citada. Recuérdese que para este autor las acciones dañosas por antonomasia –aquellas que en su opinión pueden justificar una prohibición jurídica desde el punto de vista *legal*– serían las que suponen una alteración de la incolumidad del estado de cosas moralmente valioso de tal intensidad que sería probable la desestabilización negativa o transformación moralmente indeseable del completo patrón de interacción social[83]. Pues bien, a juicio de PAREDES no habrá una acción dañosa por antonomasia si la alteración del estado de cosas común a todos no obliga a nadie a cambiar su forma de actuar, por existir procedimientos (*e.g.*, civiles, administrativos), instituciones u organizaciones que permiten la recuperación del estado de cosas; en cambio, habrá acción dañosa si la alteración es de tal intensidad que cualquier sujeto razonable cambiaría su forma de actuar en el ámbito social en cuestión, por haberse reducido los recursos o el poder social de cada individuo o grupo de individuos[84].

Una vez esbozada –según los diferentes criterios expuestos– la noción de lesión de los bienes jurídicos supraindividuales, determinar el resultado jurídico de su puesta en peligro *ex post* e identificar conductas que resulten objetivamente peligrosas *ex ante* por sí mismas resulta un poco menos complejo. Pues, a pesar de que muchos autores no se detengan a desarrollar estos aspectos con detalle, las nociones de puesta en peligro *ex post* y de peligrosidad *ex ante* para estos bienes jurídicos seguirían identificándose con la posibilidad o probabilidad de lesión del bien jurídico conforme a su correspondiente juicio de peligro. El desarrollo de estos aspectos, sin embargo, excede de los propósitos del presente trabajo[85].

---

[82] GRACIA MARTÍN, RDPCrim, 3, 2010, pp. 68-69; Polémica, 2011, pp. 87-88.

[83] PAREDES CASTAÑÓN, Justificación, 2013, pp. 187-196.

[84] PAREDES CASTAÑÓN, Justificación, 2013, pp. 232-235. Ya antes, en RDPCrim, 11, 2003, pp. 152-155, había elaborado algunas pautas para determinar la lesividad de las conductas en el "Nuevo Derecho Penal". A tales efectos, sostuvo que «… la determinación del momento en el que tiene lugar la lesión de bienes jurídicos de esta índole exige, nuevamente, tomar en consideración los aspectos comunicativos de la situación. En concreto, se trata de establecer el momento en el que la relación entre sujetos de acuerdo a la pauta de conducta —bien jurídico— penalmente protegida se vuelve imposible en sus propios términos» (*idem*, p. 154), ya sea por causas físicas o de distorsión de información.

[85] Entre los autores que sí se han pronunciado expresamente en este marco sobre la cuestión del peligro para bienes jurídicos supraindividuales, v. por ejemplo PAREDES CASTAÑÓN, RDPCrim, 11, 2003,

VI. CONCLUSIONES

A la vista de las anteriores reflexiones, debe concluirse lo siguiente:

1. Los bienes jurídicos supraindividuales, como categoría, también pueden ser lesionados o puestos en peligro por conductas individuales y, desde un punto de vista analítico, siguen vigentes las estructuras típicas de lesión y de peligro (concreto o abstracto) en relación con esta clase de bienes[86]. Ello sin olvidar que puede haber en la legislación tipos penales que se encuentren más allá de esta tríada y constituyan delitos cumulativos, de riesgo normativo o delitos preparatorios.

2. En el proceso legislativo y/o interpretativo resulta necesaria una correcta precisión del bien jurídico protegido por el tipo, que evite las definiciones excesivamente vagas e indeterminadas para hacerlo, en definitiva, susceptible de ser lesionado o puesto en peligro por una conducta individual. Esta posibilidad conceptual y probatoria de lesión debe erigirse en condición para considerar el objeto protegido como un auténtico bien jurídico, o por lo menos como uno merecedor de protección penal.

3. Conviene recurrir con carácter general (también para bienes individuales) al concepto normativo de lesión, vinculado a la idea más valorativa de afectación, perturbación, deterioro o menoscabo del bien jurídico protegido, en lugar de a su destrucción.

4. Por último, deben valorarse de manera positiva los esfuerzos doctrinales para establecer criterios o directrices generales que ayuden a determinar la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales. Aunque todavía es pronto para concluir de manera definitiva al respecto y desarrollar una teoría en profundidad, resulta por el momento atractiva la idea de atender de manera combinada tanto a la alteración o menoscabo del substrato (material o inmaterial) del bien jurídico como al impedimento u obstaculización de la función social que este desempeña. A modo de complemento, se estima útil también la fijación de límites mínimos (empíricos o valorativos), a partir de

---

p. 155, que ha señalado simplemente que la puesta en peligro de estos bienes será la probabilidad relevante de producción de la lesión; MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, pp. 108-116, para quien (como ya se ha visto) el peligro concreto será el efecto externo de peligro concreto sobre el substrato material del bien jurídico, o, cuando el bien jurídico tenga un substrato inmaterial, el efecto que no reúna los requisitos valorativos mínimos que definirían la lesión.

[86] *Expresamente* en este último sentido, vid. también PAREDES CASTAÑÓN, RDPCrim, 11, 2003, p. 155; SOTO NAVARRO, Bienes colectivos, 2003, pp. 177-178, 184, 320-326; ANASTASOPOULOU, Deliktstypen, 2005, pp. 321-327; MAYO CALDERÓN, Bien jurídico colectivo, 2005, p. 125: «… tanto los bienes jurídicos individuales como los colectivos pueden ser puestos en peligro abstracto, en peligro concreto o pueden lesionarse».

los cuales el hecho típico pueda considerarse (suficientemente) perturbador *por sí mismo* para el bien jurídico, en consonancia con los principios de ofensividad e intervención mínima.

VII. BIBLIOGRAFÍA[87]

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Acerca de la teoría de bienes jurídicos, RP, 18, 2006, pp. 3-44.

ACALE SÁNCHEZ, María, El **tipo de injusto** en los delitos de mera actividad, Granada, Comares, 2000.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, **Bien jurídico-penal** y Derecho penal mínimo de los derechos humanos, Valladolid, Ediciones Universidad de Valladolid, 2014.

ANASTASOPOULOU, Ioanna, **Deliktstypen** zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, München, Beck, 2005.

ANGIONI, Francesco, **Contenuto** e funzioni del conetto di bene giuridico, Milano, Giufrè, 1983.

ARROYO ZAPATERO, Luis, Derecho Penal Económico y Constitución, RP, 1, 1998, pp. 1-15.

BARBERO SANTOS, Marino, Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, ADPCP, 1973, pp. 487-498.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, El delito de **lesiones**, Salamanca, Ed. Univ. de Salamanca, 1982.

— Revisión del contenido del bien jurídico honor, ADPCP, 1984, pp. 305-320.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, **Control social** y sistema penal, Barcelona, PPU, 1987.

— Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente, en: Bustos Ramírez (dir.), **Pena y Estado**: función simbólica de la pena, Santiago de Chile, Ed. Jurídica ConoSur, 1995, pp. 101-109.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos, en: Boix Reig, J. (dir.), **Intereses difusos** y Derecho penal, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 11-22.

CASTRO MARQUINA, Gonzalo, La **necesidad** del Derecho Penal Económico: su legitimidad en el Estado social y democrático de Derecho, Buenos Aires, B de f, 2016.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, **Delitos de peligro** y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

— Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos, en: Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), La **política criminal** en Europa, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 25-40.

— Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo, en: Mir Puig, S. (dir.), **Derecho penal** del siglo XXI, Madrid, Consejo General del Poder Judicial/Centro de Documentación Judicial, 2007, pp. 365-402.

CUESTA, José Luis de la (ed.), **Resoluciones** de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1926-2009), Toulose, Éditions érès, 2012. Recurso electrónico disponible en: http://www.penal.org/es/resoluciones-de-los-congresos-aidp-iapl [consulta: 18-02-2015].

CUESTA PASTOR, Pablo, **Delitos obstáculo**: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico, Granada, Comares, 2002.

[87] En negrita las abreviaturas con las que se han citado las obras a lo largo del texto.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista, JpD, 30, 1997, pp. 10-19.

DOVAL PAIS, Antonio, Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios, en: Boix Reig, J. (dir.), **Intereses difusos** y Derecho Penal, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 25-71.

— Delitos de **fraude alimentario**: análisis de sus elementos esenciales, Pamplona, Aranzadi, 1996.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, **Retribución** y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal, Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2007.

— Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI, DPC, 19, 2007, pp. 101-152.

FIANDACA, Giovanni, La tipizzazione del pericolo, DelPen, 3, 1984, pp. 441-472.

FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, Diritto Penale: **PG**, 6.ª, Bologna, Zanichelli, 2009.

GORRIZ ROYO, Elena, Protección penal de la **ordenación** del territorio, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático), RDPCrim, 3, 2010, pp. 27-72.

— La **polémica** en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno, México, Ubijus, 2011.

GRASSO, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im italienischen Strafrech, ZStW, Beiheft 1987, Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleicung am 20.September 1985 in Göttingen, pp. 57-96 = L'anticipazione delle tutela. I reati di pericolo e i reati di attentato, RIDPP, 1986, pp. 689-728.

HASSEMER, Winfried, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, en: Scholler, H./Philipps, L. (eds.), **Jenseits** des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg, Decker & Müller, 1989, pp. 85-94 = Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, DocP, 1989, pp. 275-285.

HEFENDEHL, Roland, **Kollektive Rechtsgüter** im Strafrecht, Köln, Carl Heymanns, 2002.

— ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, RECPC, 04-14, 2002. Recurso electrónico disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf [consulta: 01-03-2017]

— Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, en: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (eds.), Die **Rechtsgutstheorie**: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 119-132 = El bien jurídico como eje material de la norma penal, Martín Lorenzo, M. (trad.), en: Hefendehl, Roland (ed.), La teoría del **bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 179-196.

— Mit langen Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, GA, 2007, pp. 1-14 = De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico, Medina Schulz, G. (trad.), en: Hefendehl, R. (ed.), La teoría del **bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 459-475.

HERZOG, Felix, **Gesellschaftliche Unsicherheit** und strafrechtliche Daseinvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, Heidelberg, R.v. Decker's Verlag, 1991.

HIRSCH, Andrew von/WOHLERS, Wolfgang, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung, en: Hefendehl, Roland/Hirsch, Andrew von/Wohlers, Wolfgang (eds.), Die **Rechtsgutstheorie**: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 196-214 = Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa, Spínola Tártaro, B. (trad.), en: Hefendehl, R. (ed.), La teoría del **bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 285-308.

HOHMANN, Olaf, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, GA, 1992, pp. 76-87.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, El principio de lesividad y el delito ecológico, en: Morales Prats, F./Quintero Olivares, G. (coords.), El Nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Madrid, Aranzadi ("**LH-Valle Muñiz**"), 2001, pp. 1417-1428.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos, Protección penal de la **seguridad en el trabajo**: una aproximación a la configuración del Derecho penal en la "sociedad del riesgo", Barcelona, Atelier, 2005.

JAKOBS, Günther, Strafrecht, **AT**, Die Grunglagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2.ª ed., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1991 = **PG**, Fundamentos y teoría de la imputación, 2.ª ed., Cuello Contreras, J./Serrano González de Murillo, J. L. (trads.), Madrid, Marcial Pons, 1997.

— Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?, ZStW, 107, 1995, pp. 843-876.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch** des Strafrechts, AT, 5.ª rev. y ampl., Berlin, Duncker & Humblot, 1996 = **Tratado** de Derecho Penal: Parte General, 5.ª ed., Olmedo Cardenete, M. (trad.), Granada, Comares, 2002.

KARGL, Walter, Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho Penal de la Univ. Pompeu Fabra (eds. alemán y español), La **insostenible situación** del Derecho Penal, Granada, Comares, 2000, pp. 49-62.

KUHLEN, Lothar, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA, 1986, pp. 389-408.

— Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW, 105, 1993, pp. 697-726.

— Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen, en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), **Mediating Principles**: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 148-156 = Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito (trad. I. Ortiz de Urbina), en: Robles Planas (ed.), **Límites** al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona, Atelier, 2012, pp. 225-235.

LAURENZO COPELLO, Patricia, El **resultado** en Derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, (dir.), **EPB**, Granada, Comares, 2002.

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, NFP, 74, 2010, pp. 58-80; también en RGDP, 15, 2011, pp. 1-21; y con precisiones en: Libertas, 0, 2012, pp. 17-35.

— **Lecciones** de Derecho penal: PG, 3.ª ed. ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio, Manuale di Diritto Penale: **PG**, 4.ª ed., Milano, Giuffrè, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial, en: Serrano Piedecasas, J. R./Demetrio Crespo, E. (dirs.), El **Derecho penal económico** y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo, Majadahonda, Colex, 2010, pp. 87-111.

— Derecho Penal Económico y de la Empresa: **PG**, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M., **Bienes jurídicos intermedios** y delitos de peligro: aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios, Granada, Comares, 1997.

MAYO CALDERÓN, Belén, La tutela de un **bien jurídico colectivo** por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del Código Penal Español y propuesta de *lege ferenda*, Granada, Comares, 2005.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, Los **delitos de peligro** y sus técnicas de tipificación, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1993.

MENDOZA BUERGO, Blanca, **Límites** dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Granada, Comares, 2001.

MIR PUIG, Santiago, Derecho penal: **PG**, 10.ª ed., 1.ª reimp. corregida, Barcelona, Reppertor, 2016.

MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.), La **política criminal** en Europa, Barcelona, Atelier, 2004.

MOCCIA, Sergio, De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales, Ragués i Vallès, R. (trad.), en: Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal (**LH a Claus Roxin**), Barcelona, Bosch, 1997, pp. 113-142.

MORALES PRATS, Fermín, Técnicas de tutela penal de los intereses difusos, en: Boix Reig, J. (dir.), **Intereses difusos** y Derecho penal, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 75-91.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal, en: Morales Prats, F./Quintero Olivares, G. (coords.), El Nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz ("**LH-Valle Muñiz**"), Madrid, Aranzadi, 2001, pp. 561-574.

— **Teoría** general del delito, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal: **PG** [libro electrónico], 9.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015[88].

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana Derecho penal: **PG**, 2.ª ed., Madrid, 1986.

OTTO, Harro, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), ZStW, 96, 1984, pp. 339-375.

— El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto, en: VV.AA., Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], Madrid, Boletín Oficial del Estado ("**Jornadas Tiedemann**"), 1995, pp. 453-468.

[88] Nótese que la paginación de la edición electrónica, que es la utilizada en el presente trabajo, no se corresponde con la edición impresa.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales, RDPCrim, 11, 2003, pp. 95-164.

— Ambigüedades e insuficiencias del concepto de Derecho penal del riesgo (a propósito de Mendoza Buergo, Blanca: El Derecho Penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2001), RDPCrim, 11, 2003, pp. 383-398. También disponible electrónicamente en:

https://sites.google.com/site/josemanuelparedescastanon/josemanuelparedescastanon/publicaciones/publicaciones-tematico/politica-criminal [Consulta: 08-08-2016][89]

— La **justificación** de las leyes penales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen, Concepciones y rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales, Foro FICP, 2017-1, pp. 492-529.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, El **bien jurídico** en el Derecho Penal, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, CPC, 39, 1989, pp. 723-748.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Derecho penal ambiental, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel, A vueltas con el paternalismo jurídico, DerLib, 15, 2006, pp. 211-256.

ROBLES PLANAS, Ricardo, Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal, en: Robles Planas (ed.), **Límites** al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona, Atelier, 2012, pp. 19-47.

RODRÍGUEZ DEVESA, José M.ª/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal español: **PG**, 18.ª ed., Madrid, Dykinson, 1995.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho Penal, **PG**, Madrid, Civitas, 1978.

ROXIN, Claus, Strafrecht, **AT**, Band **I**, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.ª ed., München, C. H. Beck, 1994 = Derecho Penal, PG, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito (trad. y notas de la 2.ª ed., D.M. Luzón Peña/M. Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal trads.), Madrid, Civitas, 1997.

— Strafrecht, **AT**, Band **I**, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2006[90].

RUEDA MARTÍN, M.ª Ángeles, El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo, EPC, XXX, 2010, pp. 395-445.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.ª Isabel, El moderno Derecho penal y la **anticipación** de la tutela penal, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, [1999].

SANTANA VEGA, Dulce María, La protección penal de los **bienes jurídicos** colectivos, Madrid, Dykinson, 2000.

SCHRÖDER, Horst, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW, 81, 1969, pp. 7-28; también en: RIntDP, 1969, pp. 7-31.

[89] Nótese que este artículo será citado en el presente trabajo conforme a la versión electrónica, cuya paginación no se corresponde con el artículo original (ref.: Ambigüedades, 2003).

[90] Nótese que la 4.ª edición presenta en algunos capítulos relevantes modificaciones en contenido y numeración respecto de la 2.ª edición, con la que se corresponde la traducción española y que es la que normalmente se utiliza en este trabajo como referencia bibliográfica. En los casos en que haya alguna novedad importante en la 4.ª ed., se citará esta en lugar de la 2.ª o conjuntamente con ella.

SCHÜNEMANN, Bernd, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, Rodríguez Montañés, T. (trad.), en: VV.AA., **Jornadas** sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp. 31-47.

— Vom Unterschichts- zum Oberschichstrafrecht: Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?, en: Kühne/Miyazawa (comps.), Alte **Strafrechtsstrukturen** und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp. 15-36 = Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?, en: el mismo, **Temas actuales** y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 49-69.

— La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho penal económico moderno), Molina, I. (trad.) en: VV.AA., **Cuestiones actuales** del sistema penal: crisis y desafíos, Lima, ARA editores, 2008, pp. 13-27.

— Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat, en: von Hirsch/Seelman/Wohlers (eds.), **Mediating Principles**: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden, 2006, pp. 18-35 = Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal de un Estado de Derecho liberal (trad. E. J. Riggi/R. Robles Planas), en: Robles Planas (ed.), **Límites** al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona, Atelier, 2012, pp. 63-85.

— La tesis de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber vs. dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales (trad. Pérez-Sauquillo Muñoz), en: **Actas** del **II Congreso** Internacional de la **FICP**, Bogotá, marzo de 2017; recurso electrónico disponible en: http://ficp.es/publicaciones-juridicas/actas-de-congresos-y-seminarios/actas-del-ii-congreso-internacional-la-ficp/ [consulta: 6-6-2017]. También en: Foro FICP, 2017-1, pp. 230-243.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, **Aproximación** al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, Bosch, 1992; también 2.ª ed. ampliada y actualizada, Montevideo, B de f, 2010.

— Delito y daño: una puntualización, InDret, 3, 2008, pp. 1-2.

— **Fundamentos** del Derecho penal de la Empresa, 2.ª ed. ampliada y actualizada, Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2016.

SOTO NAVARRO, Susana, La protección penal de los **bienes colectivos** en la sociedad moderna, Granada, Comares, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M.ª, Peligro abstracto y garantías penales, en: Morales Prats, F./Quintero Olivares, G. (coords.), El Nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Madrid, Aranzadi ("**LH-Valle Muñiz**"), 2001, pp. 787-815.

WOHLERS, Wolfgang, **Deliktstypen** des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

WEBER, Ulrich, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefärdungs- und Unternehmensdelikte, ZStW, Beiheft 1987, Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleicung am 20.September 1985 in Göttingen, pp. 1-36.

* * * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco-EHU. Director de la Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. Bilbao (España). Socio de la FICP

~A vueltas con el concepto de peligrosidad criminal en el Derecho Penal actual. Alternativas metodológicas (resumen)~

El Derecho Penal de finales del siglo pasado persistió en su preocupación por compaginar un sistema punitivo eficaz con un sistema de garantías en torno a las penas (y las demás consecuencias jurídicas, si bien con menor énfasis), procurando la contención razonable del recurso a penas excesivamente elevadas, oportunistamente reclamadas por la sociedad en ciertas situaciones concretas y pasajeras. Los principios de *ultima ratio* y mínima intervención del Derecho Penal parecían funcionar en términos generales.

En el caso de los delincuentes imputables se ha vuelto a abrir el debate desde hace unos años en torno a si debe mantenerse la pervivencia de pena y medida dentro de un margen de cierta autonomía; o si deben fusionarse entre si, volviendo a las antiguas corrientes monistas, pero con presupuestos y objetivos distintos a los de entonces. De forma paralela se ha ido asentando legalmente una política criminal presidida por la expansión de los hechos punibles, pero, sobre todo por un endurecimiento de los mismos, basándose en el supuesto incremento de algunas modalidades de delitos especialmente graves, las cuales han producido un gran alarma social. La veracidad de este aumento de la criminalidad grave requería en nuestro país estudios criminológicos serios, objetivos y fiables.

El origen de este cambio de modelo puede situarse en el Derecho anglosajón de origen norteamericano, habiéndose convertido el continente europeo en su caja de resonancia en la mayor parte de los sistemas penales, y el británico en el voluntario embajador de estas ideas.

A partir de esta situación vuelve a plantearse de analizar y revisar los conceptos de los presupuestos de la aplicación de medidas de seguridad, pensando sobre todo en los delincuentes imputables peligrosos: la peligrosidad criminal. Frente a este concepto tradicional, que trata no obstante, de actualizarse en el marco de la probabilidad de delinquir y de la personalidad del delincuente, se ha abierto otro paradigma, centrado en

la idea de riesgo, con sus derivas e hacia la evaluación y gestión del riesgo, prácticamente despersonalizado, objetivizado y desviado del delincuente como objetivo principal.

Ambos conceptos se han desarrollado a lo largo del tiempo en estudios científicos, sistemas de tablas estadísticas, de naturaleza actuarial y también despersonalizada. Se trata de ver ahora su evolución desde hace más de medio siglo a su comprensión actual. Destaca en este panorama la introducción de un sistema de evaluación del riesgo por procedimientos también actuariales y de algoritmos, pero que han sido determinados en sus resultados sobre el riesgo de recidiva que presenta el delincuente en procedimientos informáticos, cuyo funcionamiento es desconocido para el condenado. Esta técnica, utilizada en el sistema judicial norteamericano, ha dado lugar ya a una toma de posición por parte de los tribunales de este país, habiendo vertido un fallo de entrada favorable a su uso, aunque esté en tela de juicio el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho al proceso judicial debido.

* * * * * *

Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas

Prof. Titular de Derecho penal. Univ. de Alcalá (Madrid), España. Patrona de la FICP.

~La autonomía del delito comisivo omisivo~

La ponencia de la PROF. DRA. ROSO CAÑADILLAS en el XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal se correponde con su ponencia en el II Congreso Internacional de la FICP, ya publicada en las Actas del evento y en Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP) 2017-1, pp. 233-244.

* * * * * *

Prof. Dra. Marta García Mosquera
Profesora Contratada Doctora de Derecho penal. Universidad de Vigo. Socia de la FICP.

~Juicios rápidos y conformidad: posible vulneración de los derechos fundamentales según el Tribunal Constitucional Federal alemán (resumen)~

La Resolución de la Sección segunda de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal alemán de 23 de enero de 2017, acogiendo un recurso de amparo, anula una decisión del Tribunal Superior del Land de Berlín (*Kammergericht*), denegatoria de la pretensión de decisión judicial del interesado frente a las previas resoluciones administrativas que habían denegado su solicitud de anulación de inscripción en el Registro Federal Central de Alemania de una condena penal dictada en sentencia de conformidad por un Juzgado de Instrucción español en un procedimiento por juicio rápido en el año 2011. Los hechos que motivaron el castigo del ciudadano alemán por un delito de atentado en concurso con una falta de maltrato de obra se habrían sucedido con ocasión de enfrentamientos con la policía española en el curso de un evento deportivo.

La eventual vulneración de derechos fundamentales, en el proceso penal español de origen, se cuestiona como posible obstáculo a la inscripción de condena en el Registro Federal Central alemán.

El Tribunal Constitucional Federal alemán sostiene que resulta infringido el derecho a la tutela judicial efectiva por falta de averiguación suficiente sobre los extremos alegados por el interesado, y alerta de una posible vulneración del estándar mínimo de derechos fundamentales en las sentencias penales dictadas de conformidad por los Juzgados de Instrucción españoles en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, regulado en los arts. 795 ss. de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Uno de los aspectos centrales viene constituido por el papel que desempeña la policía judicial en los juicios rápidos en virtud de las funciones que tiene atribuidas en el art. 796 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, asumiendo casi en exclusiva la instrucción penal. Este aspecto cobra particular importancia cuando los hechos que motivan el atestado se refieren a presuntos delitos cometidos, precisamente, contra funcionarios de policía o con motivo de enfrentamientos en los que intervienen los

agentes de la autoridad. En tales casos convendrá extremar las cautelas para descartar que el atestado (que motiva la incoación de diligencias urgentes por parte del Juzgado de guardia) pueda ocultar eventuales excesos policiales en el uso de la fuerza.

Junto a ello, el derecho a la interpretación y traducción resulta esencial para la salvaguarda de las garantías del proceso en las sentencias dictadas por conformidad cuando los acusados sean extranjeros sin conocimientos del idioma español.

El control judicial de la conformidad previsto en el art. 787 de la ley procesal española se extiende tanto a la correcta calificación de los hechos como a la procedencia de la pena, debiendo el juez oír en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias antes de dictar sentencia de conformidad. La efectividad real de esta garantía está, no obstante, supeditada en la práctica a la celeridad de estos procesos. Las posibilidades de impugnación de la sentencia de conformidad por vía de recurso, ante la eventual imposición de una pena ilegal en el caso concreto, no dejan de ser un endeble mecanismo de garantía tras la aquiescencia de la defensa letrada del imputado.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán advierte motivo de alerta, por posible violación del contenido mínimo de derechos fundamentales, en la condena penal dictada en España y posteriormente inscrita en Alemania. No deja de resultar inquietante que el máximo garante de la Constitución alemana ordene realizar un control judicial efectivo del estándar mínimo de las garantías procesales de la condena, después de que la justicia española haya dado por concluido el proceso sin incidencias.

Según los datos de las Memorias anuales del Consejo General de Poder Judicial, el volumen de condenas por conformidad dictadas anualmente en España por los Juzgados de Instrucción en procesos tramitados como diligencias urgentes no es en absoluto despreciable. Por ello conviene apurar el celo en evitar una trivialización del Derecho Penal y de sus garantías fundamentales bajo el discurso de la eficacia de la justicia penal.

* * * * * *

Relaciones de los debates de las ponencias presentadas al XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá

Prof. Cristina Isabel López López

Profesora Asociada de Derecho Penal. Universidad de Oviedo. Socia FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "El consentimiento presunto y su relevancia especial en el marco de la ampliación de una intervención quirúrgica" del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal~

Ponente: Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo. Presidente de la FICP.

Moderadora: Prof. Dr. Dña. Ana Pérez Cepeda. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. D. Diego-Manuel Luzón Peña, Dña. Ana Pérez Cepeda, D. Miguel Díaz y García Conlledo, D. Carlos María Romeo Casabona.

La moderadora, la **PROFESORA PÉREZ CEPEDA**, abre el turno de debate y preguntas otorgándole la palabra al **PROFESOR LUZÓN PEÑA**, que comienza felicitando efusivamente al PROFESOR VICENTE REMESAL por su excelente ponencia. Antes de formular algunas observaciones sobre el fondo de la cuestión, se detiene a manifestar su agradecimiento y satisfacción de que tanto su discípulo más antiguo, el PROFESOR VICENTE REMESAL, como su segundo discípulo más antiguo, el PROFESOR DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**,** participen como ponentes en esta vigésima edición del Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal. Para él tiene una significación muy especial.

Dicho esto, continúa el PROFESOR LUZÓN PEÑA revelando su fascinación por el tema, así como apuntando la dificultad que este presenta en el estudio de los diversos casos. Si bien podría ahondar en otras cuestiones, el Profesor indica que va a intentar centrarse en realizar algún comentario al hilo de las múltiples hipótesis que ha planteado el PROFESOR VICENTE REMESAL, perfilando aún más algunos de los conceptos que se han expuesto y en los que en esencia coincide con el ponente.

En primer lugar, en cuanto a estado de necesidad necesidad y consentimiento presunto, que para una parte de la doctrina se superponen llegando a afirmar que el

primero hace innecesario el segundo, da la razón al ponente cuando indica que no en todos los casos es así. A juicio del PROFESOR LUZÓN PEÑA, el estado de necesidad es lo único que, en el ámbito quirúrgico, puede justificar las intervenciones en las que el paciente no tiene capacidad jurídica –que no fáctica– de consentir. Esto se produce en dos ocasiones. Por un lado, cuando el paciente es un incapaz o un menor de edad –que no necesariamente menor de 18, ya que por ejemplo, la ley de autonomía del paciente o la ley de interrupción del embarazo fijan un límite más bajo, en los 16 años–, en cuyo caso su consentimiento a estos efectos es inválido. Por tanto, diga lo que diga, aun cuando consienta, no se puede justificar o excluir la tipicidad por consentimiento ni real o manifestado, ni presunto. Continúa explicando el PROFESOR LUZÓN PEÑA que en estos casos la responsabilidad penal sólo podría excluirse por estado de necesidad, pudiendo los médicos efectuar una intervención quirúrgica o una transfusión sanguínea salvadora aun en contra de la voluntad del incapaz o del menor.

Y, por otro lado, el paciente adulto puede no tener capacidad jurídica de consentir cuando se encuentra en un error de tal naturaleza que le impide entender correctamente su situación, por lo que su oposición a la intervención médica puede ser inválida. Ante estos supuestos, el médico podrá operar amparado en el estado de necesidad o por consentimiento presunto, señalando el PROFESOR LUZÓN PEÑA que este es un caso dudoso en el que puede haber colisión.

En segundo lugar, continúa el interviniente indicando que a su juicio él no diría que el consentimiento presunto averigua la voluntad real del paciente en el momento de la intervención médica o de la intervención en los bienes jurídicos, ya que a veces no hay voluntad real en ese momento. Si el sujeto estuviera presente o consciente posiblemente consentiría, pero esto sólo lo sabemos *ex post, a posteriori*, pues en el momento del hecho el paciente está inconsciente o desmayado, por lo que no hay voluntad real, sino que la presumimos. De esta forma, el PROFESOR LUZÓN PEÑA le recomienda al ponente que matice la terminología que utiliza, pues sino puede inducir a confusión.

En tercer y último lugar, el PROFESOR LUZÓN PEÑA se pregunta cuándo, en caso de consentimiento médico, no hay atipicidad de entrada por adecuación social (por ser esta una conducta cotidiana, común y corriente) y cuándo hay que recurrir entonces a la justificación. Para él serían los casos en los que el consentimiento no da lugar a adecuación social y tampoco anula la lesión del bien jurídico, siendo a su juicio el

ejemplo más claro el supuesto en el que la intervención quirúrgica sale mal y el paciente o sus familiares reclaman. Si la operación saliera bien, todos estarían de acuerdo en que la conducta es atípica por ser socialmente adecuada y cotidiana. Finalmente, el interviniente reitera que estos no son los únicos casos de justificación, pero para él son los más claros.

Toma la palabra el **PROFESOR VICENTE REMESAL** que agradece y destaca el honor que supone intervenir en este foro, en el que el altísimo nivel de los asistentes aporta siempre ideas que son muy útiles para el desarrollo del trabajo.

Ahora bien, en relación con la segunda observación del PROFESOR LUZÓN PEÑA, el ponente explica que para él la voluntad real es el punto central de todo su razonamiento. Como indicó al principio de su intervención, esta se define como la voluntad objetivamente determinada *ex ante*.

En este punto, el PROFESOR LUZÓN PEÑA se sorprende y manifiesta que no ha oído esa precisión terminológica. A lo que el ponente contesta que quizá la confusión se debe a la pobreza del lenguaje de lo que entendemos por "real", ya que la traducción del término es complicada, apostillando el PROFESOR LUZÓN PEÑA que "real" es lo que quería de verdad el paciente. El PROFESOR VICENTE REMESAL le da la razón y explica que la traducción de los términos alemanes *wirklichkeit und billigung* es difícil. Por tanto, lo decisivo para él es la voluntad en el momento de la intervención y manifestada antes de la misma, pues es lo que puede determinar que en ciertos casos ni se pueda operar. Cuando se plantea este problema, lo decisivo es esa "voluntad real" ya que es aquella que coincide con la que *ex ante* se determina objetivamente, que puede o no coincidir con la "voluntad presunta" que el propio médico ha aplicado, teniendo esto las consecuencias que ya se han apuntado.

Prosigue el ponente añadiendo que la ausencia de una manifestación posterior opuesta por parte del paciente, no significa que el "consentimiento presunto" se haya aplicado de manera correcta. Aunque no se ponga en marcha la maquinaria judicial (pues en estos supuestos el Ministerio Fiscal no actúe motu propio, sino que es el paciente o sus familiares quienes deben iniciar el procedimiento), esto no quiere decir que la actuación haya sido acertada, pues el paciente por diversos motivos puede no presentar denuncia.

A continuación, ante la falta de preguntas por parte del auditorio, la propia moderadora del coloquio interviene en el debate. La **PROFESORA PÉREZ CEPEDA** trae a colación un supuesto que, aun no siendo del ámbito quirúrgico, en la práctica se está dando muy frecuentemente. Se refiere a los ancianos con demencia senil o con problemas neuronales que se encuentran ingresados en residencias y a los que se ata o se seda para evitar que se lesionen. La profesora explica que hace dos años se le pidió que diseñara un curso para formar a los sanitarios y al personal de las residencias. El solicitante del curso (que pretendían iniciarlo sometiendo a los asistentes a una inmovilizado de dos horas para que comprobaran lo que sentía un anciano en esas circunstancias) había realizado un estudio que demostraba que el riesgo de caída y muerte en caso de retirar la sedación o desatar al anciano no era tan alto como se esperaría y que la calidad de vida de sujeto aumentaría.

El problema que se presentaba era que, si la residencia decidía no inmovilizar al anciano o si le retiraba la medicación, este se levantaba, se caía y se moría; en cuyo caso las familias denunciaban por un delito imprudente. Por ello, las residencias no se atrevían a retirar la medicación o a desatar al anciano, dejando en manos de la familia la decisión. Para evitar esta situación, la PROFESORA PÉREZ CEPEDA explica que debería buscarse la voluntad real del anciano, informándole debidamente de sus posibilidades. Y ¿cuándo se puede encontrar esa voluntad real? Según las conclusiones de la interviniente, en el momento en el que se diagnostica la enfermedad, explicándole al paciente su situación actual y su posible evolución, preguntándole a qué tipo de residencia quiere acudir y si está dispuesto a que le mantengan inmovilizado al final de su vida.

Finalmente, la PROFESORA PÉREZ CEPEDA concluye afirmando que en la medida en que en nuestra población se den cada vez más estos problemas, deberemos reflexionar sobre cómo buscar esa voluntad real y determinar el momento hasta el cual pueden prestarla. Además, la interviniente añade que en estos casos entra en juego el denominado "testamento vital", que ni siquiera tenemos la certeza y la garantía de que en una situación de inconsciencia se vaya a consultar, pues hace 4 años el médico no tenía la obligación legal de consultar la base de datos y si la familia no lo manifiesta, no se cumplía la voluntad del paciente.

A partir de esta última reflexión de la PROFESORA PÉREZ CEPEDA, el **PROFESOR DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** señala que en esos casos se plantea un problema adicional:

la comprobación de que la voluntad plasmada por escrito por el paciente sigue siendo la misma tras el paso de los años.

Ahondando en este problema, el **PROFESOR VICENTE REMESAL** añade que además pueden haberse producido avances médicos que resuelven la situación de una manera distinta y que pueden afectar a la decisión del paciente. Incluso puede ocurrir que la manifestación sea interpretable, algo que le añade dificultad.

A continuación, toma la palabra el **PROFESOR ROMEO CASABONA** que desea destacar brevemente dos cuestiones. En primer lugar, comienza su intervención indicando que en el Comité de Bioética de España se han ocupado de la limitación de la libertad de movimientos ambulatorios de pacientes hospitalizados, que abarca también pacientes mayores con enfermedades mentales. El interviniente considera que en estos casos debemos buscar soluciones alternativas.

En segundo lugar, el PROFESOR ROMEO CASABONA manifiesta que está en contra del consentimiento presunto. Primero, porque no lo considera necesario. Y segundo, porque la jurisprudencia española presenta en estos casos soluciones un tanto peculiares, sobre todo en lo referente a la calificación jurídico-penal de los hechos cuando ha condenado por falta de consentimiento en la ampliación de la intervención.

Continúa el interviniente recordando, que los tribunales españoles han admitido la prolongación de la intervención en caso de urgencia y en los que el cirujano no podía prever esa situación por no haberse manifestado síntoma alguno. Por tanto, en estos casos el consentimiento presunto o no presunto no parece tan relevante como la situación de necesidad.

En cambio, en otros supuestos en los que no era posible obtener directamente el consentimiento del paciente, la postura de los tribunales españoles ha sido la de rechazar la aceptación de la ampliación de la intervención quirúrgica. Ante esta situación y de acuerdo con este criterio, el médico debía cerrar el campo de operación y esperar a que el paciente despertara. Sería en este momento cuando se informará al sujeto de la situación y de la conveniencia de intervenir, debiendo esperar a que este consintiera esa nueva intervención. Claro que desde el punto de vista del ahorro quirúrgico y de molestias para el paciente esta no es la mejor forma de proceder. Sin embargo, los tribunales han dado preferencia a la autonomía del paciente.

Continúa explicando el PROFESOR ROMEO CASABONA que ha habido condenas penales sobre algunos de los temas aquí planteados que han llevado a una valoración delictiva de los hechos que no se sostiene. Así, puede ocurrir que la intervención haya salido objetivamente bien desde el punto de vista de la salud, pero desde el punto de vista del paciente no ido tan bien, reclamando la responsabilidad del médico al que se condena por un delito de lesiones dolosas (por ejemplo, en el caso de la ligadura de trompas al que hacía referencia el Profesor Vicente Remesal en su ponencia). Ante esta situación los tribunales han tenido que buscar recursos para rebajar la pena de ese delito doloso.

Finalmente, el PROFESO ROMEO CASABONA señala que estos casos son muy interesantes pues muestran la complejidad del consentimiento del paciente, sobre todo cuando no existe un consentimiento explícito y el sanitario debe buscar otras fuentes para legitimar su intervención.

El **PROFESOR VICENTE REMESAL** agradece las observaciones del PROFESOR ROMEO CASABONA por la especialidad y finaliza su intervención con una última reflexión, indicando que suele afirmarse que en los casos de consentimiento presunto se pregunte a los parientes. Sin embargo, estos no siempre son los más indicados. Así por ejemplo, en el caso de la sentencia de la esterilización que mencionó durante su ponencia había sido el marido el que dio el consentimiento.

Finalmente, toma la palabra la moderadora que cierra el coloquio y pone fin a la sesión de la tarde, que termina con un gran aplauso.

* * * * * *

Prof. Alfredo Alpaca Pérez

Investigador predoctoral. Universidad de León. Socio FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "¿Autoría mediata a través de aparatos organizados (u organizativos) de poder?" del Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo~

Ponente: Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León

Moderadora: Prof. Dra. María Ángeles Rueda Martín. Profesora Titular (Acreditada Catedrática) de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Juan Oberto Sotomayor Acosta, Enrique Peñaranda Ramos, Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón y Mario Maraver Gómez.

Una vez concluida la ponencia del PROF. DR. DRES. H. C. MULT. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la PROF. DR. Dª. MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN declara abierto el debate y toma la palabra el **PROF. DR. D. JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA**, quien después de felicitar al ponente y señalar que comparte plenamente los contenidos desarrollados en la presentación, hace referencia a la aplicación de la teoría de ROXIN al ámbito de la empresa, ámbito que le ha parecido dudoso, pues cuando se dice que la empresa inicialmente no está al margen de la ley, si se realiza una comparación con la criminalidad estatal, el Estado normalmente tampoco estaría al margen de la ley, esto es, no sería un estado criminal. El hecho de que haya un caso aislado, dice SOTOMAYOR ACOSTA, no quiere decir que esté al margen de la ley. Pues este caso concreto (en el que un superior da una orden antijurídica, por ejemplo) podría repetirse en el ámbito empresarial (un miembro del directorio de una orden antijurídica, por ejemplo). Esto no quiere decir –sigue SOTOMAYOR ACOSTA– que se deba trasladar la tesis de ROXIN a ámbito de la empresa, pero sí quiere resaltar las inquietudes que tiene de la aplicación de la mencionada tesis al ámbito empresarial. **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** responde con la idea de que cuando un directivo emite una orden (estando el subordinado obligado), ya no estamos ante el escenario que plantea ROXIN. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que un Estado en principio no es un aparato criminal, pero que poco importa que la entidad colectiva se llame "Estado" o "empresa", pues lo importante es que aquella se dedique a cometer delitos. Si esto es así, hay Estados que se dedican a cometer delitos (estructura criminal), ocurriendo lo mismo en la empresa. Por esto, si la empresa es una organización criminal encubierta, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO admite la posibilidad de aplicar la construcción roxiniana (en caso de que se considere a esta como correcta). En realidad, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se refiere a los casos que denomina "normales",

por ejemplo, un caso en el que una empresa realice vertidos contaminantes, supuesto es en el que, en su opinión, no cabría aplicar la construcción de ROXIN. Sotomayor Acosta interviene nuevamente poniendo como ejemplo el caso de los GAL, en España, preguntando al respecto si podría aplicarse la teoría de ROXIN. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que en este caso el Ministerio del Interior actuaría como organización criminal, pese a estar amparada por el Estado.

Seguidamente toma la palabra el **PROF. DR. D. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS**, quien señala que la construcción de ROXIN es una construcción brillante, que tiene un enorme poder de atracción y que ha tenido éxito, precisamente, por la potencia con la que se presenta. Sin embargo, PEÑARANDA RAMOS señala que, como pasa con otras construcciones de Roxin, una vez desvanecida esa primera impresión, al ser analizada con mayor profundidad, se notan ciertos grados de artificio. Según PEÑARANDA RAMOS, ROXIN trata de alcanzar una conclusión y para ello busca los ingredientes más potentes para fundamentar aquella de un modo convincente. Por ejemplo, ROXIN parte de un caso (Eichmann) y trata de encontrar los ingredientes que permitan considerar a Eichmann como autor mediato (y lo mismo con todos aquellos que se encuentran en la cadena de mando "hacia arriba"). PEÑARANDA RAMOS dice entonces que ROXIN, para fundamentar su teoría, encuentra una serie de rasgos distintivos frente a otros. Los ingredientes que encuentra Roxin son: existencia de un aparato organizado (algo que según PEÑARANDA RAMOS es tautológico) y, luego, dos ingredientes que permiten distinguirlo de otros aparatos organizados: la fungibilidad de los instrumentos últimos y la desvinculación de la organización como tal del derecho. Sin embargo –sigue PEÑARANDA RAMOS– cuando uno ve qué es "fungibilidad" y qué es "desvinculación del derecho", es cuando comienzan las dudas. Por ejemplo, PEÑARANDA RAMOS no ve la fungibilidad de los tiradores del muro (basta que el que está en el muro no dispare para que el que va a escapar lo haga), ni mucho menos la fungibilidad del guardián del campo o del conductor del tren. Peñaranda Ramos duda mucho de la fungibilidad en el plano fáctico y en el plano normativo. Por otro lado, con respecto a la "desvinculación de derecho", PEÑARANDA RAMOS alude al Estado nacionalsocialista, el que era totalmente desvinculado al Derecho. Cree que la clave es la contraria: la forma de resolver esto partiría de una estructura que a grandes rasgos está sometida al derecho y que se rige por las reglas del derecho. En definitiva, Peñaranda Ramos sostiene que la construcción roxiniana no le convence, afirmando además que los tribunales que han

aplicado la mencionada teoría no se inspiran tanto en ROXIN, sino en F. C. SCHRÖEDER y en la idea de la "disposición del sujeto al hecho" (aunque la construcción de este último lleva demasiado lejos: considerar al sicario como autor directo y al que paga por el asesinato como autor mediato). Por lo dicho, PEÑARANDA RAMOS sostiene la existencia de fisuras en la construcción roxiniana, manifestando su preferencia por el planteamiento de la comisión por omisión. **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** responde señalando que la fungibilidad es algo que habría que analizar en el caso concreto, pues en muchos escenarios estaríamos ante verdaderos casos de coacción. En todo caso, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que ha querido concentrar su crítica en los postulados originales de ROXIN, dice que los puntos de partida no le parecen tan evidentes. En cuanto al carácter criminal o no, no todas las cosas que hace el aparato organizado no están amparadas por el propio ordenamiento (luego eran criminales). Al respecto aparecen consideraciones –que exceden a lo que se ha querido plantear en la ponencia– relativas al "derecho justo". DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que existen muchos autores que han adoptado –inclusive expresamente– la "disposición al hecho", aunque esta comprensión (si bien podría ser más coherente) lleva a un concepto tan amplio de autoría mediata que no resulta operativo. En todo caso, hay otras alternativas, entre ellas, la de comisión por omisión, que no habría que descartar, aunque DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO asuma un concepto bastante estrecho de comisión por omisión.

Toma la palabra el **PROF. DR. D. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA**, quien señala que querer fundamentar la autoría mediata en la existencia de personas totalmente dispuestas a actuar (pues son voluntarios), y por tanto, en la seguridad casi absoluta que tiene el autor en que se realizará el hecho, cree que por sí sola no sería mucho menos suficiente para esta forma de autoría, coincidiendo con el ponente. Luzón Peña menciona el caso del omnimodo facturus, que es una persona que está resuelta a cometer un delito. La discusión en este caso sería si se puede hablar de auténtica inducción o no (cooperación psíquica, por ejemplo), pero nadie dice que habría autoría mediata. Bastaría con hacer un gesto, para tener la seguridad de que se cometerá el hecho, precisamente, por la total predisposición (idea de SCHRÖEDER). En este caso, dado que no habría dominio del hecho del superior jerárquico, entonces no podría haber autoría mediata. A diferencia de este escenario, LUZÓN PEÑA señala que el caso en el que el autor directo es un perturbado, sí habría autoría mediata por dominio de la voluntad, pero en el caso del omnímodo facturus, no. Por otro lado, LUZÓN PEÑA señala

que el inductor es el que incita a otro que tiene tan plena responsabilidad y capacidad de decisión, que el incitador no puede contar mínimamente con que él está manejando al inducido. LUZÓN PEÑA tiene la vieja idea de que quien da una orden y es jefe (supremo o intermedio), tiene una cierta capacidad de presión. Aunque no haya presión ni coacción, no hay relación de igualdad. LUZÓN PEÑA piensa que en una organización (criminal o no), los subordinados están para obedecer: es por esto que hay seguridad de que la orden se va a cumplir, no porque hay muchos dispuestos, sino porque hay subordinados para cumplirla (el subordinado, por definición, recibe órdenes). El asunto radica en determinar qué grado de coacción se elige para señalar que estamos ante un caso de autoría mediata y no de inducción. Por tanto, el inferior nunca decide con plena libertad (hay un cierto grado de presión). Entonces, LUZÓN PEÑA, a diferencia de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, señala que el mínimo de presión es suficiente para considerar al superior como autor mediato y no como inductor. Con esta perspectiva, según Luzón Peña, ya no sería necesario recurrir a criterios como el de la fungibilidad. **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** responde señalando que se maneja el ejemplo del omnímodo facturus, que para algunos es un caso de autoría mediata (posición con la que el ponente no está de acuerdo). Luego, comentando la posición de LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que no se ha establecido (por lo menos en la legislación española) un parámetro de "presión" como el del estado de necesidad exculpante (existente en Alemania). En todo caso, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que le resulta bastante dudoso que en el caso que a una persona subordinada se le dirija una orden antijurídica, aquella la cumpla, aunque quien la haya emitido sea un superior jerárquico. No se trata de un escenario muy claro, para el que habría que buscar un parámetro que podría ser el de la obediencia debida (o el del estado de necesidad exculpante, en caso se fundamente). DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO reitera que intenta hacer la crítica desde dentro, desde los propios postulados de la teoría de ROXIN. Señala que no todo puede ser llamado "orden": debe tener un carácter vinculante para ser una orden. En la empresa, es cierto que existe una cierta presión de arriba hacia abajo, pero tampoco se puede afirmar que los subordinados cumplan cualquier tipo de mandato. En todo caso, sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, esto merecería un estudio más profundo sobre la delincuencia de organizaciones. La realidad es mucho más compleja, por lo que no cabe reformular la realidad para que "calce" la teoría que se defienda. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, está de acuerdo con la idea de que la magnitud (o los niveles) de la presión, para ser entendida como criterio que fundamenta el dominio, está por determinar.

PEÑARANDA RAMOS toma nuevamente la palabra, señalando que cuando LUZÓN PEÑA alude al término "presión", está haciendo referencia a un "poder de organización" o "poder de dirección", y que no hace falta medir la presión exacta que ha tenido sobre el individuo, lo que enlaza con la perspectiva de quien controla el ámbito organizativo (asignando roles conforme a la división de trabajo, por ejemplo). Si esto ocurre, el sujeto "domina la organización". Esto, sin embargo, según PEÑARANDA RAMOS, no convierte en algo equivalente a un autor mediato al sujeto (por lo menos no fundamentaría el título de autor mediato), ya que los casos de autoría mediata implican siempre el aprovechamiento, por parte del autor mediato, de un déficit que se ha creado o generado. Lo que se discute, al parecer, sería otra cosa, que puede ser autoría, pero no necesariamente autoría mediata (Peñaranda Ramos habla de una mezcla de acción y omisión). Sobre estas reflexiones, **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** señala que la idea de la comisión por omisión le parece buena (y otras interesantes, como la que consiste en la creación de tipos de omisión pura), aunque hay algo que a menudo se olvida: que también existe la intervención en el hecho como partícipe. En todo caso, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que se debe desarrollar una teoría que tenga en cuenta algunos elementos, como la mayor visión del superior en comparación a la del subordinado (distintos grados de conocimiento) y una cierta presión (que no ejerce directamente el superior, pero que existe).

Toma la palabra el **PROF. DR. PAREDES CASTAÑÓN**, quien también destaca la existencia de la participación. Asimismo, señala que en los casos en los que existe coacción ya tenemos la autoría mediata común y corriente. También comparte con el ponente la idea de que en la mayoría de los casos en que existen órdenes delictivas no hace autor mediato a quien las imparte, si es que quien la desempeña es absolutamente consciente de lo que está haciendo y libre en su decisión de actuar. PAREDES CASTAÑÓN pregunta por los casos en los que pueda tener trascendencia práctica: los casos en los que la imputación subjetiva del ejecutor es muy limitada, bien sea porque su dolo no alcanza a todo el impacto de la acción, le falta algún elemento subjetivo o, en el caso de la imprudencia, su nivel de cuidado es menor que el del superior. **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** responde señalando que el hecho de que las construcciones de ROXIN o SCHRÖEDER se hayan forjado en una legislación en la que solo hay autores y cómplices, genera problemas en el ámbito español, donde existe también la cooperación necesaria. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que en casi todos los supuestos de falta de

accesoriedad probablemente se pueda construir otra forma de autoría mediata. Por ejemplo, ROXIN no tendría ningún problema, según el ponente, en señalar que en aquellos casos que el "de arriba ve más que el de abajo" (aunque no haya un error, propiamente dicho) sería un caso de autoría mediata. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no olvida destacar que en la legislación alemana, donde solo se puede castigar penalmente a título de autor o cómplice, parece ser que no resultaba materialmente justo que se reprima a sujetos tan importantes en una organización con solo la pena del cómplice, por lo que se decidió considerarlos como autores, aunque esto suponga que el concepto restrictivo de autor pierda sus ventajas (aunque esta consecuencia trató de ser limitada con los criterios de la contribución esencial en fase ejecutiva).

Al hilo de la respuesta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, **LUZÓN PEÑA** interviene para explicar por qué tiene trascendencia calificar a una persona como "autor" o como "cómplice". Primero, llamar a una persona como "partícipe" de otro es reconocer que la figura central es el otro y no aquel, lo cual tiene una importancia, entre otras cosas, frente a la opinión pública. Esta es una cuestión simbólica. Segundo –y esta es una cuestión técnico-dogmática–, si se aplica un concepto de participación (accesoriedad de la participación), da lugar a que si hay una causa de exclusión de la antijuridicidad por un estado de necesidad justificante en el subordinado, podría señalarse que el inductor (el superior) no respondería penalmente. Si no hay un hecho principal típico (cuando el autor no ha pasado la fase de tentativa), entonces no hay participación. Por ello, al parecer, se pensó que sería mejor considerar al superior jerárquico como autor (y no solo como cómplice). Esto tiene relevancia, por ejemplo, en supuestos de criminalidad empresarial: si el directivo de una empresa emite una directiva para la comisión de un delito laboral o contra el medio ambiente y el subordinado no la ejecuta, al no haber un hecho principal típico (no inicia la fase ejecutiva), la conducta del directivo quedaría impune (pues no se podría castigar, por ejemplo, mediante un acto preparatorio punible, de alcance muy limitado en el Derecho penal español). Si al directivo se le considerara autor mediato, respondería únicamente por una tentativa (lo cual conduce a la discusión sobre el inicio de la ejecución de delito para el autor mediato). En todo caso, LUZÓN PEÑA considera que no se trata de una discusión meramente teórica, sino que también puede tener impacto ante la opinión pública. Comentando esta última intervención, **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** señala que en el caso de que el subordinado actuara en estado de necesidad probablemente habría autoría mediata. Por otro lado, el ponente

afirma (y esto es algo que, al parecer, están de acuerdo los intervinientes en el debate) que los casos prácticos en España no son tantos.

Finalmente, toma la palabra el **PROF. DR. MARAVER GÓMEZ**, quien señala que le sabe a poco que responda solo como partícipe el director de una organización empresarial. Por esto, pregunta al ponente si estaría dispuesto a considerar la posibilidad de fundamentar una responsabilidad como coautor o, siguiendo lo señalado por PEÑARANDA RAMOS, utilizando la comisión por omisión. Asimismo, MARAVER GÓMEZ plantea un ejemplo: el caso en el que el jefe de una organización (militar por ejemplo) que solamente ve que un subordinado comete un delito. **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** responde señalando que las soluciones deben discutirse. En todo caso, admite que puede haber supuestos en los que la coautoría pueda ser "escalonada" (por lo que no considera correcto el argumento de que la diferente posición de quien actúa antes y quien lo hace después impide la coautoría; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que quienes niegan esto luego admiten la coautoría sucesiva, lo que no resultaría consecuente). DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO explica que para que haya coautoría hay que verificar que los intervinientes sean codeterminantes en el hecho (criterio utilizado por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO). Sobre la comisión por omisión, el ponente señala que, en principio, es una idea que le parece simpática, pero en el caso concreto deben concurrir los presupuestos de la comisión por omisión, concepto que, para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, debe ser admitida de manera restrictiva (el ponente señala que se adhiere a las posturas restrictivas de esta categoría). Finalmente, con respecto al caso del jefe militar (que simplemente no impide el delito cometido por sus subordinados), probablemente sí se pueda hablar de comisión por omisión (es el hecho de su omisión que el riesgo se dispare), pues siempre se da por sentado que un jefe militar no permite hacer determinadas cosas (torturas, por ejemplo). DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO destaca, en todo caso, que no es posible que por el hecho de ser superiores se afirme que siempre son autores mediatos. Para complementar la respuesta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, **LUZÓN PEÑA** toma la palabra señalando que el artículo 176 del Código Penal español plantea una autoría en comisión por omisión, precisamente, para resolver los casos como el del superior jerárquico (autoridad o funcionario) que permita (faltando a los deberes propios de su cargo) a sus subordinados la ejecución de hechos delictivos.

* * * * * *

Prof. Juan Pablo Uribe Barrera

Investigador Contratado de Derecho Penal. Universidad de León España. Egresado Abogado por Univ. de Antioquia y Magister por Univ. EAFIT, Medellín, Colombia. Socio FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "El principio de legalidad como garantía criminal" del Prof. Dr. Esteban Sola Reche~

Ponente: Prof. Dr. D. Esteban Sola Reche, Catedrático de D. Penal, Universidad de La Laguna. Abogado, Tenerife. Socio FICP.

Moderador: Prof. Dr. D. Ángel Sanz Morán, Catedrático de D. Penal. Universidad de Valladolid

Intervinientes en el debate: Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón, Prof. Dr. D. Carlos María Romeo Casabona, Prof. Dr. D. Esteban Mestre Delgado.

El moderador, **PROF. SANZ MORÁN,** abre el debate e, inmediatamente, otorga el uso de la palabra al **PROF. PAREDES CASTAÑÓN**.

El citado Profesor inicia su intervención dando la enhorabuena al ponente por su brillante exposición, manifestando así mismo que comparte todo lo que en ella se ha dicho. Dicho esto, se refiere al hecho de que el **PROF. SOLA RECHE** ha planteado su discurso en el marco de lo que *debería ser* el Derecho penal en un Estado Democrático de Derecho, apuntando entonces críticamente a las practicas jurídico penales que *de hecho* ocurren en países como España, que se observan entonces, bajo este punto de referencia, como irracionales e ineficientes. La pregunta, lo que realmente suscita dudas al interviniente, es si realmente este tipo de Derecho penal es ineficiente. Aclara que si se toma como marco de referencia el Estado Democrático de Derecho sí que lo es, pero si entendemos que no es esta la lógica que los legisladores están utilizando político-criminalmente y que en realidad al Derecho penal se le están haciendo cumplir algunas funciones muy diferentes, podríamos llegar a concluir que en términos propagandísticos, electorales, este Derecho penal sí que es eficiente de cara a los fines que se le atribuyen.

Agrega el **PROF. PAREDES CASTAÑÓN** que este tipo de funciones (electorales, propagandísticas) no son del todo novedosas, que siempre estuvieron allí, lo que pasa es que ahora parece que de ser accesorias o incidentales pasaron a ser las principales o exclusivas funciones que se le asignan al Derecho penal. Manifiesta que, entendiendo la política actual y la lógica enseñada, podría uno pensar que no se trata simplemente de que exista un legislador estúpido o irracional, sino que existe una racionalidad diferente

en su actuar, una que apunta a otros fines, que el interviniente entiende ilegítimos, pero que parecen ser necesarios para entender la arena en que se mueven las recientes reformas penales. Para concluir, teniendo todo esto como marco, el interviniente pregunta entonces al ponente por la solución que tienen este tipo de cuestiones. Manifiesta que la principialistica es útil para congresos de penalistas, pero que poco impacto tiene en el discurso del ciudadano medio ¿Qué alternativas existen?

El **PROF. SOLA RECHE** toma la palabra y agradece la intervención del PROF. PAREDES CASTAÑÓN, destacándola por su valor. En primer lugar manifiesta que él no ha dicho que el Derecho penal sea ineficiente, que de hecho si se compara con otras esferas del ordenamiento jurídico se puede detectar que, innegablemente, éste tiene mayor grado de eficiencia. Otra cosa es que se crea que en términos de justicia las cosas deberían funcionar mejor. Basta con ver los titulares de prensa para observar que los medios de comunicación están colapsados de asuntos que tienen trascendencia penal. Esto nos lleva a pensar en la trascendencia que tiene como instrumento el Derecho penal. El ponente manifiesta que él no considera que existan soluciones mágicas a este tipo de cuestiones. Pero que, por lo menos, pueden darse algunos retoques. Cambios mucho más sencillos, como los que se plantearon a lo largo de la ponencia, que pueden mejorar la cuestión, haciéndola más racional. Dentro de este abanico de posibilidades recuerda la especialización de la jurisdicción en ámbitos especialmente problemáticos, la armonización de los criterios con que se juzgan las conductas penales en los diferentes juzgados. Entiende que la reducción de la ambigüedad, de la indeterminación de la ley penal, puede resultar de ajustes o cambios pequeños, que partan por buscar sinergias entre lo judicial, lo político y lo académico.

Continúa el debate con la intervención del **PROF. ROMEO CASABONA**, que comienza felicitando al ponente por la claridad de su ponencia. Empieza por destacar el papel tan importante que juega la seguridad jurídica en el Derecho. Manifestando que esto es especialmente evidente en sede penal, dónde la misma se encuentra íntimamente ligada al principio de legalidad y juega un papel especialmente activo en el sentido jurídico común de los penalistas. En este orden de ideas, es claro que al legislador le corresponde el papel de crear las leyes penales con la mayor claridad posible. Pues bien, se pregunta entonces el interviniente: ¿Cuáles son los errores que hacen que el legislador no cumpla del todo con esta tarea? Considera que, más que ignorancia, la clave para entender estas dificultades pasa por fijar la atención en la precipitación del

legislador. Y no se refiere entonces a que un día se hable o se discuta una ley y que al día siguiente la misma ya esté aprobada, sino que se hace alusión a la forma en que se van dando los casos. Pone un ejemplo, para clarificar, con el Código Penal de 1995. Manifiesta el interviniente que no podría afirmarse que éste sea fruto de la precipitación, pero que, no obstante, debe decirse que junto a las bondades que éste tenía originalmente, también podían encontrarse errores de bulto, de simple redacción, que posteriormente la doctrina, dentro de su tarea interpretativa, tenía que darse a la tarea de corregir. A partir de este caso, enseña la necesidad de que no sólo los borradores iniciales de los proyectos sean cuidadosamente revisados, sino así también las adendas, tachas, correcciones, que se hagan del mismo "en los corredores". El punto central, recuerda, es que al legislador habría que insistirle en que su tarea es la de presentar las leyes lo más claras y precisas posibles.

De otra parte, señala que este esmero por la seguridad jurídica no se agota sólo en la redacción de las leyes, sino que alcanza la tarea de los intérpretes. De los jueces. Entiende que, haciendo una mirada retrospectiva del trabajo de éstos en las últimas décadas, habría que reconocer el esfuerzo que han hecho por adaptarse a los nuevos tiempos y que ha de reconocerse que sus sentencias cada vez están mejor fundamentadas. En todo caso, entiende que en este punto también podría mejorarse la cuestión. El tema de la descongestión judicial es vital en este punto y, además, debiera mirarse como camino a seguir la posibilidad de obtener cada vez una mayor especialización de los jueces en los temas específicos de que se ocupan. Destaca también que el juez no debe ser solamente alguien que sepa de Derecho, sino también alguien que demuestre madurez y que ésta es difícil de encontrar en personas de 24 o 25 años.

Finalmente, concluye su intervención manifestando que la labor de la dogmática penal está dirigida esencialmente a los jueces y, en menor medida, al legislador. Que ésta debe contribuir, sobre todas las cosas, a la seguridad jurídica y que, por eso, debe tender hacía la armonización de conceptos e ideas, más que al constante deseo de cada autor de ser absolutamente original. Propone como caso de estudio el tema de la imputación objetiva, diciendo que deberíamos ser más francos y hablar más bien de "criterios de imputación objetiva" que, diferentes entre sí, son ofrecidos por la dogmática al juez para que tome unos para un caso, otro otros para otro caso, y así sucesivamente, haciéndosele un flaco favor a la seguridad jurídica por la falta de unos

estándares unificados. Con esto cierra entonces el **PROF. ROMEO CASABONA** su intervención, manifestando que desea que con la misma haya podido dar elementos para continuar el debate.

En referencia a la comentada intervención, inicia el **PROF. SOLA RECHE,** agradeciendo la misma a su maestro. Manifiesta seguidamente que él no ha expresado que considera que el legislador sea estúpido. Que lo único que ha tratado de defender es que puede y debe hacer un poco mejor su trabajo.

Interviene a continuación el **PROF. MESTRE DELGADO**, quien en primer lugar felicita al ponente por su brillante ponencia, y afirma así mismo que espera que sus ideas y teoremas se consoliden, entre otras cosas, por lo ilustrativos que resultan. A continuación expresa que debe recalcarse que los penalistas en formación tienen que ser conscientes de que este estado de cosas actual puede cambiarse. De que desde la ciudadanía y también desde la academia, pueden lanzarse exigencias expresas al legislador y a los jueces para mostrar la inconformidad con el estado de cosas actual. Agrega que debemos apreciar la cuestión en toda su magnitud, reconociendo que detrás de la inseguridad jurídica se esconde una ventaja, cual es la de permitir esconder la arbitrariedad. Por lo tanto, dejando amplios márgenes desde la misma legislación, después podrá "hacerse lo que se le dé la gana" al operador en cada momento y de acuerdo al juego de intereses específicos que estén en juego. También, al hilo de las reflexiones vertidas en la ponencia, reflexiona sobre la Comisión General de Codificación, misma que se mantuvo años enteros sin actividad alguna y luego sólo fue revitalizada una vez expedido el Código Penal, y no antes, volcando esto el orden lógico más elemental. Relata que una falta de asesoría técnica también es visible en las reglamentaciones penitenciarias y con ello finaliza su intervención.

El **PROF. SANZ MORÁN** agradece al público por su participación en el coloquio y da por cerrado el mismo.

* * * * * *

Dhyana Stephanía Serrano Suárez
Investigadora predoctoral de Derecho penal. Univ. de Salamanca. Socia FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "Imputabilidad y conciencia de lo ilícito: de su objeto y relación" del Prof. Dr. Náquira Riveros~

Ponente: Prof. Dr. D. Jaime Náquira Riveros. Catedrático de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica de Chile

Moderador: Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

Intervinientes en el debate: Prof. Dr. Esteban Sola Reche, Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña y Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal.

Finalizada la ponencia del PROF. NÁQUIRA RIVEROS, el moderador agradece al ponente por ceñirse al tiempo establecido y abre el debate cediendo la palabra al **PROF. ESTEBAN SOLA**.

El PROF. SOLA inicia su intervención señalando que estas discusiones se han tenido más en el ámbito privado, y refiere que muchas veces las decisiones científicas (aunque este no sea el caso) se adoptan por votación. Así pues, en algún grupo, las decisiones de si el dolo está en el tipo o no, se toman conforme al número de votos. El interviniente señala que ZAFFARONI tiene resuelto, en un sentido que él considera correcto, que la culpabilidad no sea teoría jurídica del delito y la prueba está en esta ponencia. Por tanto, esto es una cuestión que debe referirse al autor, a pesar de la intercambiabilidad de lo general y lo específico.

En efecto, señala el interviniente, que el delito es lo que es el objeto del concreto reproche que después se hará en dos fases, imputabilidad y reprochabilidad, en el entorno de la culpabilidad. El PROF. SOLA hace tributo al PROF. LUZÓN PEÑA, quien se encarga específicamente en España, de transcribir la estructura que tan claramente se había utilizado para la antijuridicidad material en las causas de justificación y para la culpabilidad por la causas de inculpabilidad. Sobre lo cual reconoce que hay un paso previo muy importante que es el de las causas de atipicidad, sin embargo cuando se traslada ese esquema no es lo mismo en la culpabilidad. Esto es debido a que en la culpabilidad hay causas de imputabilidad, unas porque sean de inimputabilidad y otras porque sean de irreprochabilidad.

Refiere, que siempre ha perdido la discusión referente a que la culpabilidad es algo distinto a la inimputabilidad. Él aduce que va más allá, no solamente cree que la culpabilidad es el concepto amplio, sino que además, no forma parte de la estructura de la teoría del delito, pues esta acaba en la antijuridicidad, acaba con las causas de justificación y que la culpabilidad tiene un componente distinto que es el reproche personal del mismo hecho.

Finaliza su intervención el PROF. SOLA, señalando que, como decía el PROF. NÁQUIRA, el juicio de culpabilidad es un juicio personal y reitera que así se encuentra estructurado en el correspondiente manual de ZAFFARONI, con lo cual él está de acuerdo. Visto lo anterior, manifiesta querer saber la opinión del ponente. Apunta que no sabe si para la próxima edición del Manual "el PROF. ROMEO pasará a su bando".

En respuesta a lo anterior, el **PROF. NÁQUIRA** señala que en derecho penal todo es discutido y discutible. Lo que le ha llamado la atención es que normalmente cuando se habla de los elementos que integran la culpabilidad, se pone una especie de edificio de tres pisos: imputabilidad acreditada, conciencia del ilícito y después, el contexto situacional. Refiere que para él, la conciencia de lo ilícito es la concreción o especificación de aquella capacidad. Y por el otro lado, la dimensión volitiva o conativa que el legislador penal presume, y tiene fundamento, porque este puede en forma razonable presumir que una persona que llega a cierta edad -dieciocho años-, tiene la capacidad de auto controlarse, es decir, capacidad de autocontrol o capacidad de autodeterminación que es lo mismo.

Sin embargo, otra cosa es acreditar como defensa que esa capacidad general que el legislador presume que un ser humano tiene para auto determinarse, en este caso concreto la podría o no ejercer. Hay una relación de algo genérico que se presume y hay que establecer si esa capacidad genérica se puede o no ejercitar en ese caso concreto. Aduce el PROF. NÁQUIRA que para él, es lo mismo en la dimensión intelectual valorativa, el legislador penal puede presumir con fundamento objetivo que cualquier persona es capaz de reconocer a los dieciocho años que matar, golpear, violar, robar, estafar, es ilegal. Ese conocimiento es básico, es lo nuclear, otra cosa distinta es que al inculpado se le procese por un delito determinado que se denomina apropiación indebida. Por eso, señala que le molesta eso de que "la imputabilidad está referida al hecho típico concreto", ya que sería una presunción que no tiene fundamento.

El ponente se pregunta, como puede presumir aunque sea una presunción meramente legal, que los ciudadanos puedan reconocer el ilícito concreto, lo cual no tiene fundamento. En cambio, una visión general valorativa, si la tiene. Hay una relación de género especie, entre la dimensión intelectual valorativa con la conciencia de lo ilícito, y la dimensión conativa de la imputabilidad con el otro elemento llamado contexto situacional normal o exigibilidad.

De hecho, afirma no compartir lo planteado por KIRSH, porque a él le da la impresión que algo está de más o se repite. Manifiesta el ponente que si quiere conservar esos tres elementos, tiene que mantener un contenido propio de cada uno de ellos. Razón por la cual, la forma de mantener un contenido es establecer una relación género especie, entre la conciencia de lo ilícito y la dimensión valorativa y la imputabilidad. Y, todo lo que tiene que ver con aspecto situacional normal o anormal con aquella dimensión conativa que el legislador presume, esto es, que la gente mayor de dieciocho años tiene capacidad de autocontrol. A pesar de todo lo que se haya dicho en la neurociencia, que los movimientos voluntarios están precedidos de movimientos inconscientes, como decía BENJAMÍN LIBET, de 350 milisegundos, lo cual para el ponente no tiene relevancia en los delitos. Manifiesta el PROF. NÁQUIRA que no considera posible aquello ni en un delito pasional, porque además Libet y todos los demás reconocen que una vez que el sujeto toma conciencia de aquello que cometió, la conciencia tiene la capacidad de vetar, de modificar, de neutralizar, de reducir o acelerar, aquello que sería un movimiento de carácter inconsciente.

Seguidamente, el moderador otorga la palabra al **PROF. DR. JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA**, quien inicia su intervención expresando que se siente complacido al escuchar al PROF. NÁQUIRA, porque parece que el tema de la culpabilidad ha pasado un poco de moda, pero el volver a discutir sobre estos temas clásicos tiene una función esencial en el juicio de responsabilidad penal y quienes como él optan por una concepción del derecho penal como límite, donde más se refleja ese límite o uno de los puntos esenciales, es el tema de la culpabilidad o del juicio sobre el sujeto. Señala que está cercano al planteamiento del PROF. SOLA e indica que JUAN BUSTOS RAMÍREZ, citado por el PROF. NÁQUIRA, divide también entre una teoría del delito en sentido estricto y una teoría del sujeto responsable con cierta autonomía.

El PROF. SOTOMAYOR plantea una inquietud, pues si bien cree entender el planteamiento del PROF. NÁQUIRA frente al aspecto de la capacidad de comprensión,

considera que en efecto, la imputabilidad no se agota solo en ese elemento si no que también tiene el de la capacidad de autodeterminación. Por lo que no le queda claro que esto sea con carácter general, porque una persona puede tener la capacidad de autodeterminarse frente a un hecho y no frente a otro. Para lo cual plantea el ejemplo del cleptómano que puede ser consiente y auto determinarse frente a al tema de matar a otro, pero frente al tema del hurto sería diferente. Conforme a esto, señala que debería hacerse un juicio mas concreto frente a un hecho particular y eso no encaja en el tema de la circunstancia debido a que es un asunto de la capacidad del sujeto. Sobre lo cual desea conocer la opinión del ponente.

Conforme a los planteamientos del PROF. SOTOMAYOR, el **PROF. NÁQUIRA** responde que la imputabilidad como presunción implica áreas, delitos contra la vida, delitos contra la propiedad, delitos tributarios, delitos societarios. Una presunción de imputabilidad en todos los delitos de todos los ámbitos, en su opinión no tiene fundamento, y es perfectamente factible que, por ejemplo, el cleptómano pueda ser perfectamente imputable en delitos contra la vida, contra la integridad corporal o la salud. Debe aceptarse que por su patología no podría autocontrolarse en un ámbito, razón por la cual va a quedar en un área determinada menoscaba o afectada, teniendo en cuenta el grado de intensidad que padezca. En todo caso, para él, una imputabilidad de todo no tiene fundamento. De otra parte, dentro de los delitos de la propiedad también se evidencia que quien padece un retardo mental puede perfectamente saber o reconocer que hurtar es ilegal. Pero, si lo llevamos al plano de la estafa, a lo mejor no, porque el grado de abstracción es superior a su capacidad.

Lo cierto es, que el legislador penal parte de la base que a los dieciocho años la persona tiene un código interno que le permite conocer las cosas básicas desde un punto de vista valorativo. Prosigue el ponente contando su experiencia de cuando era director de la facultad de la Universidad Católica, donde se organizaba una fiesta de recepción a los alumnos que ingresaban, los chicos llegaban y él mismo (el ponente) dándole la bienvenida, le preguntaba a los jóvenes que sabían de conducir bajo los efectos del alcohol, a lo cual ellos contestaban que era ilegal. Por lo que el PROF. NÁQUIRA se plantea la pregunta, ¿cómo salían a las 4:00 de la mañana?, situación que le generaba frustración al ponente, sabiendo que debido a su nivel socioeconómico los conceptos básicos valorativos los jóvenes los tienen, pero fallaba su capacidad de autocontrol.

Sin embargo, el legislador de buena fe, dice que la gente joven sabe muchas más cosas, actualmente un chico de quince años comparado con treinta años atrás es diferente, pues tiene un cúmulo de información que antes no tenía. De ahí que la idea es bajar la imputabilidad, dejando la responsabilidad penal del adulto en dieciséis. No obstante, el legislador penal olvida que la imputabilidad no se determina por la capacidad de información. Faltaría el elemento de la capacidad de autocontrol, que una persona de dieciséis no la tiene, pero lo cierto es que hay jóvenes con más edad que tampoco la tienen. De modo que, el ponente concluye que el problema de determinar la imputabilidad no es fácil, y por lo mismo el legislador penal podrá presumir de buena fe, pero habrá que mirar el caso concreto, discutir si en ese caso concreto existió alcohol, droga o fue actio libera in causa.

Posteriormente el moderador concede la palabra al **PROF. LUZÓN PEÑA**, quien inicia su intervención agradeciendo al ponente y felicitándole por su brillante ponencia, ya que es un experto no solo como jurista, penalista y maestro, sino con una sólida formación como psicólogo lo que le permite desarrollar este tema tan interesante y poco abordado.

Seguidamente procede a hacer sus apreciaciones sobre lo dicho por el PROF. SOLA. Respecto a su teoría de que la culpabilidad y no solo la imputabilidad, no es teoría general del delito sino que pertenece a la teoría del sujeto responsable o no responsable. Señala que no solamente lo sostiene RAÚL ZAFFARONI, lo sostuvo antes o simultáneamente BUSTOS, igualmente el maestro JIMÉNEZ DE ASÚA lo apuntaba clarísimamente en su tratado, pero lo estudiaba dentro del delito. Aunque, decía claramente que al acabar la antijuridicidad se acaba el delito propiamente dicho, lo que vendría a reforzar la postura del PROF. ESTEBAN SOLA, pues entre otras cosas muchos códigos redactados en lengua española empezando por el español, desde el Código de 1848, definen delitos y faltas como acciones y/u omisiones, dolosas, imprudentes, voluntarias. Acciones y omisiones penadas por la ley, que la doctrina mayoritaria entiende que son las acciones penalmente típicas y antijurídicas prohibidas con carácter general y que una acción no culpable es una acción penada por la ley. Señala el PROF. LUZÓN, que la mayoría de los códigos de lengua española sostienen un concepto legal de delito que no incluye la culpabilidad y hasta tal punto es así que luego se dice que el inimputable, según el artículo 20 del Código Español, puede cometer delito, lo cual refrenda la posición del PROF. SOLA.

Señala que a consecuencia de la inimputabilidad por intoxicación por alcohol, drogas tóxicas o psicotrópicas, del síndrome de abstinencia o la alteración que produce la ingestión de tales sustancias, el sujeto no puede comprender la ilicitud del hecho punible. Por tanto, la terminología del Código penal español, señala que el hecho punible lo puede cometer un inimputable, un drogadicto bajo la total inimputabilidad como efecto de la ingestión de sustancias tóxicas incluyendo fármacos, drogas prohibidas o alcohol. Lo mismo ocurre con la alteración desde la infancia de la percepción. Por tanto, según el Código Penal Español, los inculpables por inimputabilidad cometen delito, pero entonces esto sería teoría del sujeto.

El PROF. LUZÓN expone que en las sucesivas ediciones de su manual sostiene que la teoría de la culpabilidad podría estudiarse sin ningún problema a continuación de la teoría del sujeto como parte de ella, junto con causas de exclusión de la punibilidad, que también formarían parte de hechos que nada tienen que ver con el delito, sino con condiciones del sujeto responsable y con otros presupuestos de la actuación del sujeto, que influyen o incluso excluyen la aplicación de una pena por falta de peligrosidad o de una medida de seguridad. Con lo cual, señala, le da la razón al PROF. SOLA, no obstante, nada impide, entender lo que entiende la doctrina mayoritaria, por la cual él mismo se ha inclinado. En efecto, es posible que el concepto doctrinal de delito incluya la exigencia de un último elemento que sería, condiciones del hecho al momento de cometerlo relacionadas con el sujeto y su capacidad de comprensión, autocontrol, etcétera. Es decir, con la capacidad individual de reproche o responsabilidad, depende de como entendamos la culpabilidad del sujeto.

Enfatiza el PROF. LUZÓN que no solo nada lo impide sino que personalmente cree que lo que hace preferible. Referirse a la imputabilidad y al resto de condiciones de culpabilidad como último elemento del hecho punible, no en el sentido legal, sino en el sentido doctrinal, un hecho personalmente imputable y personalmente culpable, es así porque de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en derecho penal de autor, en derecho penal del sujeto que no responde por el hecho en concreto, sino por su conducción debida, por lo que hizo antes, durante y después del delito. Entonces, prosigue el interviniente, se opta por un derecho penal del hecho o nos metemos en un terreno un tanto peligroso, esto es culpabilidad por el carácter, que no tiene nada que ver con el hecho, culpabilidad por la conducción debida, culpabilidad de las personas jurídicas que tampoco han realizado ningún hecho, etcétera.

De manera que, algunos (incluyéndose) prefieren seguir manteniendo vinculado la capacidad individual de responsabilidad al hecho, a la acción punible y decir que se encuentra justo en el límite entre la teoría del sujeto y la teoría del hecho, pero se puede enfocar de las dos maneras. Por lo que en efecto, le reconoce parte de razón (a la doctrina contraria) en su manual, pero por otro lado, aclara que no es pura democracia mayoritaria por lo que la mayoría de la doctrina se inclina por reconocer la culpabilidad como elemento de la acción. Como última razón para sustentar ello, aduce que el derecho penal se llama penal porque el núcleo de la sanción es la pena. La pena solo se impone al realizarse una acción típica, antijurídica y culpable, el delito completo al que se le aplica pena es el delito con culpabilidad.

Finalmente el PROF. LUZÓN procede a hacer su personal apreciación respecto a la capacidad de compresión de ilícito. En primer lugar refiere que le parece que la diferencia entre imputabilidad, inimputabilidad y semiimputabilidad respecto los casos de error de prohibición, de no conciencia de la antijuridicidad vencible o invencible, es que el inimputable o semiimputable, aquel que tiene las condiciones de imputabilidad alteradas o anuladas, su no comprensión del ilicíto es con carácter general. La otra posibilidad destacada por el PROF. NÁQUIRA, es el otro componente volitivo de inhibición de la conducta.

Pero en el aspecto intelectivo, el inimputable no es alguien que no conoce el ilícito en concreto. El inimputable con carácter general no es capaz o no está en condiciones de comprender la ilicitud del hecho. No es que no conozca, es que no tiene capacidad. En todo caso, la discusión ha planteado que hay que hacer excepciones, hay que llevarlo al caso en concreto. Se presenta el caso de un inimputable que con carácter general no tenga la capacidad de comprender la ilicitud de muchos delitos, pero esto no es óbice para que haya otro que su inimputabilidad no le impida comprender su ilicitud, depende de la clase de delitos, por lo que no le parece censurable que el Código Penal español diga "… no ser capaz de comprender la ilicitud del hecho", porque al final lo que el tribunal tiene que analizar es su incapacidad general de comprensión en cuanto al hecho que se juzga. Razón por la cual es derecho penal del hecho, sino sería derecho penal del sujeto. Entonces, se trata de evaluar si en definitiva estaba en condiciones de comprender el hecho, puede comprenderlo, pero puede no estar en condiciones de autocontrol, porque no tiene suficiente madurez o porque tiene una perturbación mental muy grave.

Sobre la capacidad general o individual, señala el PROF. LUZÓN, que el Código de Chile, el de España y otros países de habla española, utilizan para la inimputabilidad, en vez de la palabra conocimiento o error, la palabra comprensión o entendimiento. En tanto comprender no es lo mismo que entender. Se sabe que hay una categoría muy discutida en la dogmática penal y la política criminal en los últimos dos o tres decenios que es el error de comprensión culturalmente condicionado, por razones de cultura totalmente diferente o bien por razones religiosas, sociocultural, etc., esas personas no conocen exactamente lo que esta prohibido en general y tampoco lo que esta prohibido bajo pena, en ocasiones lo conocen, pero no son capaces de comprenderlo, tampoco lo comparten, no lo pueden interiorizar.

Señala que a su juicio los inimputables no siempre van a desconocer, aunque puedan conocer que el hecho puede ser delito, en el fondo no comprenden bien, está perturbada su capacidad de entendimiento. En el inimputable o el semiimputable, la compresión es algo mucho más sutil que el puro conocer o no conocer. Y si esto es así, le da una inseguridad mayor, pero también un mayor margen de juego a los tribunales.

Para concluir plantea una pregunta al PROF. NÁQUIRA: ¿son mejores los sistemas individualizadores o generalizadores en materia de imputabilidad por razón de edad? Nadie duda que en el caso de las perturbaciones psíquicas o mentales no se puede hacer un juicio generalizante. En el caso de los menores, cuestiona el interviniente, ¿sería mejor el análisis de psicólogos, educadores y otros profesionales para verificar si este tiene capacidad de comprensión, de inhibición y de autocontrol? o ¿son mejores los sistemas generalizantes que dan más seguridad jurídica y evitan problemas a los jueces?

En consecuencia, el **PROF. NÁQUIRA** responde que todo sistema individualizador tiene la ventaja de tratar de hacer justicia a esa persona con nombre y apellido. El generalizador sobre la base de la experiencia. El problema del individualizador es si el juez con las pericias va a poder lograr aquello que pretende, es un riesgo. Razón por la cual, él prefiere un sistema generalizador pues le da mas seguridad. Es decir, establecer si un menor tiene discernimiento, es una decisión casi caprichosa, por lo que no le parece que aporta seguridad. Lo que pretende hacer el sistema individualizador es tratar de ser más justo, el problema está en si se tiene la capacidad de lograr aquello.

Añade el ponente, que en derecho penal se plantea algo parecido. El derecho penal ha sido, debe ser y debe seguir siendo castigo. Todo lo que tiene que ver con tratamiento o reinserción, en efecto es una tarea que la sociedad tiene que afrontar, pero

plantea la duda de si esto es tarea del derecho penal, porque en realidad, es inevitable que el derecho penal es pena, castigo y sufrimiento.

Posteriormente, el **PROF. DE VICENTE** solicita el uso de la palabra para señalar que está próximo al planteamiento del PROF. NÁQUIRA en el sentido de que cuando se trata de determinar la responsabilidad de un sujeto sobre la base de un juicio de culpabilidad, se trata de mirar la responsabilidad sobre un hecho concreto que ha cometido. Además, cree que todas las referencias que ha señalado el PROF. LUZÓN no se refieren a una valoración general, sino por el contrario, del hecho concreto que ha cometido un sujeto y que se va a enjuiciar.

Solo hay una eximente que haría referencia a algo genérico, no concreto. Este se refiere al que por sufrir alteraciones desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. En este punto no se dice nada en concreto en relación con el hecho, como en todos los otros casos, nos esta diciendo que el juicio de culpabilidad tiene que ser un juicio con relación al hecho cometido con independencia de que esa persona, desde la valoración de ciencias como la psicología, sea o no predeterminado o incapaz de controlarse.

Por su parte, el **PROF. NÁQUIRA** responde que está de acuerdo con lo señalado por el PROF. DE VICENTE. Lo que no considera acertado es que se pretenda sostener que la imputabilidad es imputable o no es imputable en la dimensión intelectual valorativa si conocía el desvalor propio específico, por ejemplo de apropiación indebida. Si esto es así, ¿que queda para examinar en la conciencia de lo ilícito? La imputabilidad esta referida a algo genérico. Sin embargo, está de acuerdo que la culpabilidad supone la conciencia y ahí si hay que aterrizar a lo concreto. En definitiva la conclusión es: se es culpable por un delito concreto. Porque de lo contrario, si la imputabilidad la establezco en relación al ilícito específico de un delito determinado, no habría nada que examinar en el segundo elemento llamado conciencia de lo ilícito porque ya la valoración la agoté. Por lo tanto, se tiene que diferenciar la imputabilidad como algo genérico, en cambio, la conciencia de lo ilícito es algo concreto, específico.

El moderador, **PROF. PAREDES CASTAÑÓN**, da por finalizada la última sesión del seminario y le da la palabra al director de este para su clausura.

* * * * * *

Prof. Dra. Natalia Torres Cadavid

Prof. contratada interina de sustitución, Univ. de Vigo. Investigadora de la Univ. de León y de la Univ. EAFIT (Colombia). Socia FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "A vueltas con el concepto de peligrosidad criminal en el Derecho penal actual. Alternativas metodológicas" del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M. Romeo Casabona~

Ponente: Prof. Dr. Dr. h.c mult. Carlos M. Romeo casabona. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco, Bilbao, Campus Lejona, Vizcaya. Director de la Cátedra Genoma y Derecho Humano de la Universidad Deusto/UPV. Socio de la FICP.

Moderadora: Prof. Dra. María A. Trapero Barreales. Profesora Titular acreditada catedrática de la Universidad de León. Patrona de la FICP.

Intervinientes en el debate: Prof. Dr. Ángel José Sanz Morán (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, patrono de la FICP) y Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón (Catedrático de la Universidad de Oviedo, patrono FICP).

Finalizada la ponencia del PROF. ROMEO CASABONA, la **PROF. TRAPERO BARREALES,** moderadora del debate, interviene y agradece al ponente por su excelente exposición. A continuación le concede la palabra al **PROF. SANZ MORÁN**.

El PROF. SANZ MORÁN, tras advertir que ha seguido de cerca la trayectoria del PROF. CASABONA y su producción científica en la materia, señala que la peligrosidad criminal como punto de partida para la determinación de posibles consecuencias jurídicas se ha desbordado por diversas vías. Primero, porque ha dejado de ser peligrosidad criminal referida a un sujeto concreto para ser sustituida por criterios actuariales que pretenden encuadrar al sujeto dentro de una categoría de personas de las que cabe predecir genéricamente conductas, pero no un juicio individualizado de lo que hará o no hará una persona en el futuro. Y segundo, desde el punto de vista de los presupuestos, porque se ha producido un deslizamiento que amplía el ámbito de aplicación del criterio; se ha desbordado el sentido original de la consecuencia jurídica a la que iba referida la peligrosidad criminal, porque ahora la mayor parte de las aplicaciones de técnicas actuariales de peligrosidad van referidas a la imposición de penas. En este sentido, afirma que esta deriva es tremendamente peligrosa, porque se abandona por completo el principio de culpabilidad por el hecho y, con base en criterios de peligrosidad actuariales, se deciden incrementos de penas, se decide en sede penitenciaria la posibilidad de acceso a regímenes abiertos, la condicional. Por lo tanto, el PROF. SANZ concluye que él que ha sido defensor como el ponente del modelo

dualista en el sentido originario y con respeto pleno de las garantías para la imposición de medidas, desde luego no está de acuerdo con la deriva que está tomando el modelo de peligrosidad.

El **PROF. ROMEO** responde afirmando que hay diversos problemas. Primero, desde una perspectiva global, desde lo que está ocurriendo en Europa, la medida de seguridad aplicable al delincuente imputable y peligroso, no tiene como objetivo la rehabilitación, sino la segregación, la inocuización; de manera que se pueda dejar por fuera de la sociedad a aquellos sujetos que son molestos porque pueden cometer delitos realmente graves, a veces, incluso, por tiempo indefinido. Segundo, la confusión que se produce entre medidas de seguridad y penas, así el condenado no sabe si se le está aplicando una medida de seguridad con todo lo que comporta (garantías, riesgos de indefinición) o una pena, que está debidamente determinada (que en España puede ser la prisión permanente revisable), ni el tránsito de una a la otra; pero esto va a depender en todos los casos de lo que decidan las autoridades (en el continente europeo sobre todo, las autoridades judiciales). No obstante, puntualiza el ponente, este contexto puede tener diferentes consecuencias en los diversos países de la Unión Europea: mientras que podrá ser contrarrestada por países que tengan una tradición jurídica (como España, Francia, Alemania…) porque se cuenta con un sistema de garantías fuerte, el problema es más grave en países con democracias más nuevas o provisionales, como los de Europa del este, que precisamente andan buscando este tipo de instrumentos para reprimir al molesto, al opositor; lo cual resulta ser un arma peligrosísima, que además es avalada por el Consejo de Europa. Así, concluye que está realmente preocupado, porque es un arma realmente peligrosa para los condenados como para los ciudadanos.

A continuación la moderadora le concede la palabra al **PROF. PAREDES CASTAÑÓN**, quien afirma, en primer lugar, que el PROF. ROMEO ha puesto claramente de manifiesto los gravísimos riesgos que conlleva convertir una decisión político-criminal en pura tecnocracia. Dice que parece claro que los juicios de peligrosidad criminal por muy individualizados que sean siempre se van a basar en parámetros de grupo; por lo que, efectivamente, se puede perfilar y concretar hasta el infinito el juicio, pero al final si se decide que un delincuente es peligroso y se le aplica una medida de seguridad es porque nos estamos basando en sus antecedentes y en ciertos factores que consideramos indicios de peligrosidad (el nivel educativo, pertenencia a un grupo), siempre con base estadística. Así, precisa que lo que quiere decir es que le da la impresión de que es

imposible (o a lo mejor es posible pero, indica, él no lo alcanza a ver) huir de la estadística. Ahora bien, lo que sí es posible, continúa, tal y como decían el Prof. Sanz y el PROF. ROMEO, es acotarlo al ámbito en que de verdad tiene sentido, que es el ámbito de las medidas de seguridad, lo cual es clave, y obviamente garantizar los derechos de defensa, lo que tiene que ver con lo que se explicaba respecto de la opacidad de los procedimientos de enjuiciamiento.

El **PROF. ROMEO** retoma la palabra y afirma que este es un tema muy complicado pero que tampoco se puede renunciar a que el ordenamiento jurídico de respuestas. Quien haya estudiado el tema a fondo, entenderá que cuando la prisión permanente revisable se tenga que revisar, se va a decidir con base a la pregunta de si el sujeto ha sido bueno y a si lo será cuando esté fuera, el criterio va a ser ese. Por otro lado, dice que, en su opinión, siempre hay que dejar alguna cabida a que el Derecho penal entre en la cuestión de la peligrosidad en relación con los delincuentes imputables y peligrosos, y eso sin perjuicio de que ahora el sistema español prevea la prisión permanente revisable. Pero entonces, afirma que, primero, se tendría que reducir el recurso a los procedimientos actuariales (por ejemplo al programa informático que se aplicó y se discutió en Wisconsin, hasta que haya ulteriores desarrollos, pero que, por ahora, hay que rechazarlo); segundo, que se tendría que individualizar al máximo posible el juicio de peligrosidad y, por tanto, seguir personalizándolo, así haya que recurrir a sistemas actuariales como complemento para comprobar que se va en la misma línea y que conducen a la misma conclusión; y tercero, sobre todo, que se debe reservar para los delitos más graves, como los delitos contra la vida, los delitos sexuales particularmente violentos, el terrorismo y algunas manifestaciones de la criminalidad organizada transnacional. En este sentido, manifiesta que cree que este es el ámbito al que se debería circunscribir por completo la aplicación de este tipo de medidas; eso sí, con el conocimiento de que aún en este contexto, no se podrá eliminar la peligrosidad del delincuente, sino que habrá que conformarse con que se logre reducir a unos límites tolerables. La peligrosidad continuará ahí pero bajo el control de otras medidas más modernas que no impliquen privación de libertad. Por todo lo dicho, indica que hay que reducir el grupo de delincuentes y también que, en algunos casos, habrá que asumir el riesgo, aunque sea en relación con delincuentes de los que ya sabremos que han cometido un delito realmente grave de por sí (y no solo que genera alarma social). En suma, afirma que este tipo de ajustes ayudan a llegar a una solución cuando no se tiene

la varita mágica para la respuesta y que todas son reflexiones importantes para poder seguir perfilando el tema.

Finalmente, para dar por concluido el debate, el **PROF. LUZÓN PEÑA** interviene para agradecer al ponente, a los intervinientes y a los asistentes.

* * * * * *

Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer

Prof. Titular acred. de Derecho Penal. Univ. Pública de Navarra. Patrona de la FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "La autonomía del delito comisivo omisivo", de la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas~

Ponente: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas. Prof. Titular de D. Penal. Universidad de Alcalá.

Moderador: Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta. Profesor Ordinario de Derecho Penal. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Sola Reche, Luzón Peña, Rueda Martín, Romeo Casabona, De Vicente Remesal.

El **PROF. SOLA RECHE** inicia el turno de intervenciones y considera que, a pesar de que ya teníamos resuelto el criterio de la equivalencia, la PROF. ROSO CAÑADILLAS con su exposición nos presenta una tesis convincente. Sin embargo, manifiesta que hay muchas cosas por hacer y por decir. Por ejemplo, la identificación de valor en el injusto dependiendo de que exista causación o imputación. El PROF. SOLA RECHE considera que esto se puede restringir, por ejemplo, en los delitos puramente comisivos dado que tendríamos la relación de causalidad. Se pregunta si a efectos de desvalor es igual la causación puramente física frente a la atribución típica de un resultado o, si partimos de un sustitutivo de la causalidad por la imputación objetiva, en términos normativos, sí que aquí podríamos establecer otra diferencia. Considera el PROF. SOLA RECHE que todavía quedan muchas cosas por hacer. No es lo mismo, en su opinión, causar a efectos de desvalor que establecer un juicio de imputación de ese resultado cuando no se puede establecer la causalidad. Sostiene igualmente que no es tan fácil argumentar con detalle los supuestos de equivalencia. Formula, para finalizar, la cuestión de si podemos establecer diferencias de gravedad en la valoración del injusto en función de si el resultado sea atribuible por causalidad o por imputación objetiva.

La **PROF. ROSO CAÑADILLAS** tiene la misma duda que el PROF. SOLA RECHE**.** Considera que la relación de causalidad es ontológica, acreditada desde el punto de vista empírico. En la omisión se produce una fricción entre la causalidad y el delito omisivo y todavía no se ha llegado a dotar a la omisión un tratamiento distinto que a la causalidad. Sin embargo, la PROF. ROSO CAÑADILLAS alude a un ejemplo que encontró una sentencia sobre imprudencia médica, en cuyos hechos probados se acreditó que un médico que estaba de urgencias fue requerido cuando un paciente acudió hasta la puerta

de urgencias con parada cardiorrespiratoria. El médico manifestó que no pudo abandonar el hospital, dada la existencia de una norma administrativa que impedía su salida del centro, solicitando en ese momento ayuda a la UVI móvil que llegó tarde al lugar de los hechos, no pudiendo salvar la vida del paciente. El TSJ de Castilla la Mancha condena por responsabilidad civil y patrimonial. Aclara en este punto la PROF. ROSO CAÑADILLAS que para condenar por responsabilidad civil es necesario acreditar la relación de causalidad. Explica que la sentencia establece que ha lugar a la responsabilidad civil porque es imputable y causa daño, pero no es posible imputarle causalmente daño alguno, modificando en este sentido el objeto de relación: hay relación causal no porque hubo daño pero sí pérdida de oportunidad, generando de este modo una relación de causalidad. La PROF. ROSO CAÑADILLAS plantea que aquí igual se está creando una relación normativa, abandonando la tradicional relación ontológica de la causalidad.

El **PROF. LUZÓN PEÑA** felicita a la PROF. ROSO CAÑADILLAS por su ponencia. El PROF. LUZÓN PEÑA desea realizar una aclaración terminológica y una reflexión. Al llegar a este punto, el PROF. LUZÓN PEÑA enlazará con una cuestión que se suscitó en el ejercicio de cátedra de la PROF. RUEDA MARTÍN**,** referente a si puede existir comisión por omisión o comisión omisiva sin posición de garante.

Por lo que respecta a la aclaración terminológica, la doctrina penal tradicional vinculaba el delito comisivo (*Begehungstat* o *Begehungsdelikt*, según la doctrina tradicional alemana) al delito comisión activa, cuando en la ley se describe la realización de un tipo que infringe una norma prohibitiva de actuación a través de una actividad positiva descrita en la mayoría de los tipos comisivos, bien porque es un delito de pura actividad o bien porque es un delito de resultado, pero en los que la ley describe la actividad o actividades positivas que pueden producir ese resultado, como por ejemplo sucede en el delito medioambiental. Sin embargo, considera que la PROF. ROSO CAÑADILLAS tiene razón cuando sostiene que el delito comisivo no tiene por qué vincularse siempre con el delito de comisión activa, ya que hay una tercera clase de delitos comisivos, los delitos de comisión resultativos, que producen un resultado. Son delitos comisivos que producen un resultado típico, dado que tanto la actividad como la omisión producen ese resultado típico.

A modo de reflexión, con relación a la causalidad en los delitos de comisión activa de causación de resultado, el PROF. LUZÓN PEÑA considera que lo normal es que

la omisión impropia se plantee en los delitos de resultado (art. 11 CP o el § 13 StGB) y, en ese sentido, la PROF. ROSO CAÑADILLAS tiene razón cuando manifiesta que tanto la acción como la omisión se pueden subsumir en el tipo comisivo de producción del resultado. Ahora bien, en el delito normal de comisión activa existe causación activa del resultado, dado que se modifica el estado de las cosas iniciando, por ejemplo, uno o varios procesos causales. Pero esta causalidad material, a juicio del PROF. LUZÓN PEÑA, por sí sola no es suficiente para imputar el resultado. Se cuestiona si pueden existir casos en los que no existiendo causalidad material se puede imputar el resultado a una conducta omisiva. Por lo tanto, la cuestión radica si en el aspecto normativo, sea imputación objetiva como señala la doctrina mayoritaria y la PROF. ROSO CAÑADILLAS o a través del tipo subjetivo como sostiene la doctrina finalista, declaremos que en un caso de no causación física sí existe imputación objetiva. Ahí entramos, en opinión del PROF. LUZÓN PEÑA, en la discusión de los elementos. Sí que existe en su opinión elementos de equiparación valorativa a la causación física, pero en definitiva se trata de una cuestión terminológica, dado que a cuestión que se plantea es dilucidar si podemos o no imputar el resultado.

Por último, el PROF. LUZÓN PEÑA plantea lo que se suscitó en el ejercicio de cátedra de la PROF. RUEDA MARTÍN, referente a si puede existir comisión por omisión o comisión omisiva sin posición de garante. La **PROF. RUEDA MARTÍN** aclara la reflexión del PROF. LUZÓN PEÑA, añadiendo que el debate se suscitó teniendo en cuenta las posiciones de garante formales o/y materiales propuestas por la doctrina. En opinión del **PROF. LUZÓN PEÑA**, para la autoría es dudoso que exista un no garante que lleve a cabo una conducta omisiva por ejemplo en el delito de homicidio, lesiones, daños, etc.. que son delitos de resultado. Sin embargo, considera que en la participación por omisión sí que puede haber no garantes que faciliten moralmente con su omisión la realización del hecho.

La **PROF. ROSO CAÑADILLAS** comparte muchos de los criterios defendidos por el PROF. LUZÓN PEÑA. Respecto a la relación de causalidad, considera que es un problema y sostiene que se puede imputar objetivamente un resultado a una comisión omisiva sin relación de causalidad. Las dudas están en la delimitación del concepto de evitación y sobre ello seguirá trabajando.

El **PROF. ROMEO CASABONA** recuerda que el PROF. GRACIA MARTÍN sostiene que hay casos en los que existe autoría en omisión sin posición de garante porque hay

identidad estructural. Se cuestiona el PROF. ROMEO CASABONA qué debe entenderse por identidad estructural. En su opinión, en la omisión no puede haber causalidad.

El **PROF. DE VICENTE REMESAL** felicita a la PROF. ROSO CAÑADILLAS. En su opinión, la introducción del concepto comisión omisiva enturbia la problemática que hay de fondo. Considera que es mejor utilizar la terminología tradicional de comisión por omisión. La **PROF. ROSO CAÑADILLAS** responde que su intención es dejar terminológicamente clara la cuestión desde el inicio, finalizando así el turno de intervenciones.

* * * * * *

Prof. Dra. Isabel Durán Seco

Prof. Titular acred. de Derecho Penal. Univ. de León. Patrona de la FICP.

~Relación sobre el debate de la ponencia "Juicios rápidos y conformidad: posible vulneración de los derechos fundamentales según el Tribunal Constitucional Federal alemán", de la Prof. Dra. Marta García Mosquera~

Ponente: Prof. Dra. Marta García Mosquera. Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal. Universidad de Vigo

Moderador: Prof. Dr. Esteban Mestre Delgado. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo, Fernando de la Fuente Honrubia, Ana Pérez Cepeda, Ángel Sanz Moran, Diego-Manuel Luzón Peña y el Dr. Diego Olivera Zapiola.

Comienza el moderador, el **PROF. MESTRE DELGADO**, felicitando a la PROF. GARCÍA MOSQUERA, dando paso a las intervenciones de los presentes.

El **PROF. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** toma la palabra para mostrar su satisfacción por la ponencia de la PROF. GARCÍA MOSQUERA, al tiempo que destaca la importancia de trabajos como este para tomar conciencia de una problemática que, lamentablemente, pasa desapercibida en España, a pesar de suceder a diario. Finaliza su intervención dando su enhorabuena más sincera a la ponente.

El **PROF. MESTRE DELGADO** insiste en ese mismo punto señalando que se ha focalizado un tema que está muy oculto e indicando la oportunidad de su publicación.

El moderador le da la palabra al **PROF. DE LA FUENTE HONRUBIA,** quien, en primer lugar, da las gracias a la ponente por traer a este Seminario un tema como este, considerando que es una buena reflexión. El PROF. DE LA FUENTE es Juez del Juzgado de Instrucción número 1 de Guadalajara y vive cuestiones como esta diariamente. Pide disculpas a la ponente porque no ha podido escuchar toda la intervención, pero considera, por lo que ha escuchado, que es una osadía lo que hace el TC alemán puesto que, sobre la base puramente subjetiva de lo que dice un ciudadano alemán, valora un procedimiento judicial ocurrido en España. Considera que el TC alemán parte de un desconocimiento sobre lo que es la realidad de los juicios rápidos en España. Por ello entiende que Alemania debe recordar que no es la locomotora en todos los sentidos de Europa. Dicho eso, señala el PROF. DE LA FUENTE que es verdad que los juicios rápidos se producen en el ámbito de una guardia, con todo lo que conlleva una guardia, es decir,

hay días que en el Juzgado hay 4 o 5 juicios rápidos y, además, tomas de declaración, otros detenidos etc. Esto comporta dificultades con pocos medios, pero pese a eso, en esos juicios rápidos se celebran asistidos siempre de sus intérpretes, con la posibilidad de elegir abogado y de valorar si admiten o no la conformidad respecto de una acusación, bajo el prisma de que el Derecho español permite a aquellos que se conformen en un juicio rápido obtener la reducción de un tercio de la pena. Ello puede comportar que el Ministerio Fiscal y las Acusaciones particulares acepten la suspensión de la ejecución de la pena. Sin embargo, de no aceptar la conformidad debería ir a un plenario, con el riesgo de que si le condenan no se le suspenda la pena e ingresar en prisión.

Pueden discutirse, continúa el PROF. DE LA FUENTE argumentando, otras cuestiones, por ejemplo, por qué se da solo en el ámbito del rápido y no en otros procedimientos. Se trata de un tema que se está discutiendo legislativamente, pero la realidad es que se les informa de todo, aunque pueda haber excepciones y supuestos de abusos, pero eso no sólo ocurre en los juicios rápidos. La realidad diaria del juzgado es que cuando hay una persona de origen chino, alemán etc. se avisa al intérprete e incluso hay veces que se avisa a las 9 de la mañana al intérprete y hasta las 14 horas no se puede realizar porque no ha llegado, es decir, se garantiza que sin interprete no hay juicio. Y el intérprete les lee la sentencia y les informa de todo. Hay muchas ocasiones de enjuiciamiento por juicio rápido a ciudadanos de origen alemán, y no en relación a partidos de fútbol, sino muchos en el ámbito seguridad vial, debidos a la ingesta de alcohol, y normalmente se acomodan a la conformidad porque quieren. Nadie les fuerza. Muchas veces prefieren eso que enfrentarse al juicio oral. De ese modo no tienen que regresar a España con posterioridad a someterse al juicio. Concluye el Prof. De la Fuente afirmando que TC alemán se pronuncia sin tener todos los datos, lo cual no le parece correcto.

La **PROF. GARCÍA MOSQUERA** le da las gracias al PROF. DE LA FUENTE, señalando que ha incidido en muchas cuestiones, y no sabe si le dará tiempo a contestar a todo, pero que quisiera decir algo sobre alguno de los temas apuntados. Señala, en primer lugar, que es necesario contextualizar el pronunciamiento del TC alemán. Recuerda la PROF. GARCÍA MOSQUERA que lo que hace el TC alemán es acoger un recurso de amparo frente a una resolución judicial ante el Kammergericht de un ciudadano que alega que la inscripción de condena en el registro vulnera el § 53a,

párrafo 2 de la Bundeszentralregistergesetz, de una ley alemana. Y vulnera ese parágrafo porque según el mismo se prohíbe la inscripción de una condena cuando la condena contraviene la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por lo tanto, lo que dice el TC alemán es que se ha de devolver la causa al Kammergericht, señalando que para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva tiene que haberse producido un esclarecimiento suficiente de los hechos. Por lo tanto, cuando la PROF. GARCÍA MOSQUERA pone de manifiesto las alegaciones del recurrente las da por no acreditadas, porque ciertamente no lo están. Ahora bien, también entiende la PROF. GARCÍA MOSQUERA que muchas de esas cuestiones no resultan inverosímiles y que, en todo caso, habrá que esclarecerlas para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Sí es cierto que ahí juega un importante papel el TC alemán y las amplias posibilidades de acceso a dicho tribunal en el sistema alemán. Hay una cuestión adicional que no ha apuntado la PROF. GARCÍA MOSQUERA, pero que no se le escapa y es que las posibilidades de acceso a la justicia en Alemania son mucho mayores porque el número de jueces por habitante en Alemania casi duplica el de España. Es consciente de ello, y de lo que implica en la calidad de la justicia penal que se administra en España de modo tan rápido y tan ágil en los Juzgados de Instrucción. Por eso no pretende que sea una crítica al ejercicio de los jueces, dado que reconoce su importante labor. Pretende la PROF. GARCÍA MOSQUERA que sea una llamada de atención, simplemente.

Como segunda cuestión importante, la ponente quiere indicar que cuando se sotiene que "por algo se habrán conformado", hay que señalar que una de las alegaciones del recurso de amparo , y que recordemos tiene la cobertura nada menos que de una cátedra de una Universidad alemana con un estudio profundo, es que ciertamente influyó la intención de los implicados de poder regresar cuanto antes a Alemania, pero también se señala que conocían casos de hinchas de otros clubes de fútbol que a resultas de casos similares habrían permanecido en prisión preventiva en un ala de alta seguridad a la espera de juicio. Esa es la razón por la que alude a la conformidad premiada más bien como "apremiada". Entiende que la conformidad "premiada" puede verse desde otra óptica, como un castigo del incremento de un tercio de la pena. De hecho, el TC alemán repara en el dato de que en España se esté implantando la práctica de que los fiscales soliciten una pena superior a la que de entrada correspondería, contando con que después se va a reducir en un tercio de la pena.

El moderador le da la palabra a la **PROF. PÉREZ CEPEDA**, quien señala que parece que todo esto ha tenido que desvelarlo un lobby vinculado a un equipo de futbol y que incluso paga seguramente a un equipo de trabajo dentro de la Universidad y que quizá puede llegar a financiar a algún profesor que ponga de manifiesto algo que se ha puesto ya de manifiesto aquí de forma reiterada con los desórdenes públicos vinculados a la protesta. Esto ya ha sido denunciado reiteradamente en nuestro país, quizá porque nunca se explicaba, hasta hace poco tiempo, las consecuencias que conlleva a una persona, no ya la condena, que evidentemente si él la asume no hay problemas, sino la inscripción en el registro. Y esta era una información que normalmente se omitía a todas las personas que iban a un juicio rápido y que estaban dispuestos a una conformidad. Por ello desde movimientos sociales se ha tenido que articular un grupo de abogados que acude directamente al Juzgado para que no suceda esto. Por otra parte, el hecho de que deben existir los traductores, todos sabemos que cuando hay un evento deportivo las mayores vulneraciones que hay hoy en día en el orden público vienen vinculados a grupos violentos del fútbol. Entonces los juzgados tienen que estar preparados con traductores de ese idioma cuando se sabe que normalmente va a haber detenidos, para que estén bien informados y se respeten sus garantías, porque normalmente siempre hay detenidos; y tiene que decirlo el TC alemán para que se visibilice algo que desde la protesta social se está diciendo continuamente. Concluye su intervención agradeciendo también a la PROF. GARCÍA MOSQUERA que lo haya puesto de manifiesto aquí.

A continuación, tiene la palabra el **PROF. SANZ MORÁN**, quien también felicita a la PROF. GARCÍA MOSQUERA por su ponencia. Desea hacer una reflexión y al mismo tiempo una pregunta. Quiere saber si, al momento del dictado de la sentencia comentada, estaba o no traspuesta la Decisión Marco relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones penales, pues considera que este es un aspecto central de la problemática planteada. El caso tratado es una ratificación de lo que viene diciendo la doctrina alemana y el TC alemán, que es muy crítico con el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. En opinión del PROF. SANZ MORÁN debe reflexionarse sobre este sistema. El caso planteado es una prueba de los problemas que se suscitan cuando se pretende reconocer cualquier resolución judicial ajena sin haber armonizado previamente el Derecho sustantivo y procesal de los distintos Estados Miembros.

La **PROF. GARCÍA MOSQUERA** le da las gracias al Prof. Sanz Morán por su intervención y señala que, de todos modos (esto es, con independencia de la

trasposición), los Estados Miembros tienen que respetar en la ejecución del Derecho de la Unión la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y así lo recoge en uno de sus considerandos las Decisión Marco de intercambio de información de los registros de antecedentes penales. Por ello, la primacía del Derecho de la Unión no supone un reconocimiento automático de cualquier resolución penal de otro Estado Miembro.

El moderador le da la palabra al **PROF. LUZÓN PEÑA**, quien desea hacer un comentario, no jurídico sino deportivo. Considera que el Derecho penal no es la panacea lo jurídico ni de la resolución de los conflictos sociales sino la *última ratio*. Y por ello, en materia de violencia deportiva y Derecho Penal, (y por la peculiaridad que plantea el caso) cabría hacer una reflexión que no es jurídica, sino fáctica. En el caso planteado, la particularidad viene dada por el idioma, que es precisamente lo que –con independencia del Derecho procesal penal- puede provocar indefensión. Esto ocurrió en Sevilla que es una población ciertamente importante con un gran número de población. Pero si esto ocurre en otra ciudad más pequeña, se pregunta el PROF. LUZÓN, si hay que tener traductores en todos y cada uno de los Juzgados. Por ello se plantea si los Estados podrían proponer a la federación de clubes que fueran los propios clubes de fútbol quienes trajeran ya sus traductores para evitar estos casos. Es decir que, si ya saben que son problemáticos, que vengan con el traductor por si hubiera incidentes. El PROF. LUZÓN es partidario de que a los clubes de futbol se les impongan estas condiciones.

A continuación, el moderador le da la palabra al **DR. OLIVERA ZAPIOLA**, quien felicita a la PROF. GARCÍA MOSQUERA sobre todo por poner sobre el tapete esas cuestiones. Desea realizar un pequeño aporte y entiende que dar la intervención a consulados y representaciones diplomáticas podría salvar, en gran medida, situaciones como la que se nos ha planteado.

La **PROF. GARCÍA MOSQUERA**, al respecto de lo apuntado por el PROF. LUZÓN PEÑA, señala que ciertamente no había pensado en esas derivaciones. De entrada, le plantea dudas la idea de transferir la carga de la traducción a los clubes, aunque no es un tema en el que haya profundizado.

El **PROF. MESTRE DELGADO** da por concluida la sesión de la mañana y convoca a todos los presentes a la sesión de la tarde.

* * * * * *

Comunicaciones presentadas al XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá

M.ª Luisa Álvarez-Castelanos Villanueva

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia FICP.

~Cuestiones procesales que plantea la imputación de las personas jurídicas~

I. INTRODUCCIÓN

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, se estableció por primera vez en España, con la reforma del Código Penal, Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

En virtud de las recomendaciones internacionales, y más concretamente de la Unión Europea, cuyo ordenamiento jurídico se ha convertido a día de hoy en parte integrante de nuestra realidad política y social.

Pese a que con la anterior regulación a la reforma del Código Penal 2010, España ya cumplía con todos los compromisos internacionales, en las materias que exigían una respuesta penal clara, para las personas jurídicas, en matarías como: la corrupción de menores, pornografía infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, etc….[1]. Ninguno de tales instrumentos requería que tales sanciones para la persona jurídica fueran de carácter penal, pudiendo haber optado el legislador español por un sistema sancionador de carácter administrativo, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas, similar al establecido en países como Alemania o Italia[2].

[1] Convenio para la Protección de los Intereses Financieros de la CE de 26 de julio de 1995, Convención relativa a la lucha contra la corrupción de funcionarios de la CE o de los EE.MM. de 26 de mayo de 1997, Convención OCE sobre la corrupción de oficiales públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales de 17 de diciembre de 1997, recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

[2] ECHARRI CASI FJ, La personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", Revista La Ley, núm, 7632, Mayo 2011.Ed. La L ley, 2011 pp. 1 y 2. Para este autor se ha optado por un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, frente a un régimen sancionador administrativo, que es el que tienen establecido en Alemania o Italia.

Y es por ello que, nuestro legislador, con el objeto de adecuar la normativa a la realidad social, ha optado por introducir la mencionada reforma.

Evolución legislativa en nuestro ordenamiento penal.

En el año 1995, el legislador Español, introdujo en el Art. 129 del Código Penal de 1995, (en adelante CP) una regulación que consideraban como auténtica responsabilidad penal accesorias de las personas jurídicas respecto de hechos punibles de sus órganos, las denominadas "consecuencias accesorias", cuya importancia teórica ha sido mucho mayor que la práctica, en opinión de algunos autores[3].

En octubre de 2004, con la entrada en vigor de la reforma del CP, introdujo por vía del art. 31.2 un régimen "sui generis" de responsabilidad de las personas jurídicas que avanzaba hacia el calificativo de penal, si bien la Exposición de Motivos hacía referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que la regulación híbrida introducida no permitía certeza alguna a este respecto, la aplicación de este precepto ha sido, hasta su derogación sumamente escasa.

En el año 2006, se presentó un proyecto de Ley de reforma del CP, que si bien no vio la luz, estableció las bases de la reforma introducida en el proyecto del año 2008, finalmente fue aprobada en junio de 2010.

A partir de 2010, hay que imponer una pena no una consecuencia accesoria, ni una multa administrativa.

En España al igual que en otros países y por necesidades político criminales la imputación directamente a la empresa en cuanto a tal, en el caso de cometer directamente un delito en su ámbito, se introdujo del Art. 31 bis del CP (la responsabilidad penal de las personas jurídicas) sin tener en cuenta los conceptos de acción y de culpabilidad recogidos en los Arts. 5 y 10 del CP.

La idea jurídico penal denominada antropológica que identifica al sujeto en el Derecho Penal con la persona individual, ha cambiado y actualmente se encuentra en un momento de cambio profundo que afecta a la idea del sujeto y, por tanto a la teoría del delito. Estamos ante un nuevo contexto en el que el paradigma jurídico lo constituye la

[3] BACIGALUPO, E, Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de "compliance", Diario la Ley, núm. 7442, de 9 de julio de 2012.

idea de sociedad[4]. El individuo como único sujeto del Derecho penal clásico, no se adecua y resulta insuficiente para responder penalmente a la comisión de injustos penales en la sociedad moderna, como sucede con las conductas ilícitas realizadas dentro del marco del Derecho Penal económico, de los delitos ecológicos o de fraudes de subvenciones en el marco del Derecho Comunitario, realizados a partir de una organización empresarial, por una persona jurídica.

Lo cual conlleva que deba reconocerse a la persona jurídica como titular de los principios fundamentales, de un Derecho Penal y Procesal garantista, que deben ser aplicados en consideración a estas nuevas características fundamentales constitucionalmente asumidos.

Siendo las garantías penales y procesales constitucionalmente similares, tanto si nos encontramos dentro de una responsabilidad penal de persona jurídica como si nos encontramos ante entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica.

No obstante, la similitud de las sanciones a imponer por vía del Art. 129 del CP y 31 bis y la gravedad de las mismas obligan, a considerar la posibilidad de aplicar requisitos similares de imputación en ambos casos, ya que una diferencia de trato encontraría difícil justificación en la mera personalidad jurídica.

La inclusión del artículo 31 bis en el Código Penal, responde a la tendencia que puede observarse en la actualidad, sobre el incremento de supuestos de delincuencia empresarial que hasta la precitada reforma, quedaban impunes.

La circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado expresa las razones justificadoras de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, derivado de un mal funcimiento doloso o culposo de las sociedades, que favorecen la realización de delitos graves o muy graves contra la sociedad.

La exigencia de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tiene como finalidad evitar la impunidad de aquellos que al amparo de la persona jurídica delinquen gravemente.

La ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha reforzado parcialmente el artículo 31 bis y siguientes del Código Penal, que establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado

[4] BAGIGALUPO SAGGESE, S. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ed. Bosch, Barcelona, 1998 pp. 199 y ss. y 353 y ss., en la misma línea la profesora ZÚÑIGA.

eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En conclusión, la responsabilidad de las personas jurídicas se fundamenta en la falta de adopción de las medidas necesarias y útiles para prevenir delitos en el seno de la persona jurídica, los programas de cumplimiento adquieren una enorme trascendencia en orden a exonerara a las empras de responsabilidad penal por los hechos de otros (personas responsables de delito base)[5].

El CP ha optado por establecer un criterio de imputabilidad de las personas jurídicas (privadas)[6].

Y, para los entes que no gocen de aquella se ven relegados al régimen del Art.129 el CP, que en su nueva redacción, contiene unos criterios más laxos que el anterior Art. 129 del CP imponía sanciones a personas jurídicas, como efecto reflejo de la condena penal de ciertas personas físicas, se ha traspasado la concepción que venía siendo habitual que"societas delinquere no potest" *la persona jurídica no puede delinquir).*

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El principio inmutable del Derecho Penal Liberal, la posibilidad de que solo el ser humano, la persona física puede cometer delitos y ser sancionada por ellos[7], llevaba a rechazar todo tipo de responsabilidad colectiva. La autodeterminación del mismo, le hacía ocupar un lugar privilegiado en la sociedad impidiendo que se pudiese renunciar a los principios de punidad individual.

Según SCHMITT, R la concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reside en razones políticas, no jurídicas[8].

---

[5] JUANES PECES, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuadernos digitales de Formación. Consejo General del Poder Judicial 46-2015.pp 9-10.

[6] Artículo 31 1. quinquies, del CP, introducido por LO 1/2015 de 30 de marzo: las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas.

Cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán sr impuesto las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33.

[7] Criterio establecido en la Revolución Francesa.

[8] BACIGALUPO, S. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp 373 a 375, con cita de la doctrina alemana, REBMAN, SCHMITT, entre otros.

A mediados del siglo XIX, Savbigny, lanzaba la teoría de la ficción, intentaba reconducir la idea de la persona jurídica a un punto de vista general que permitía tomar nuevas decisiones[9].

SAVIGNY y la escuela Histórica del Derecho y la pandectistica (la escuela pandectística trataba de analizar los textos del Derecho Romano siguiendo el método de la dogmática jurídica, es decir, buscando la extracción de principios, así como la deducción de conceptos nuevos, basados en la abstracción a partir de conceptos anteriores); la escuela germana a la que pertenece, mantenían en la idea de que el hombre es el único sujeto de derechos dotado de existencia real. Todos los demás sujetos, serán puros artificios carentes de contendió y existencia reales.

La persona jurídica sólo tiene existencia de persona en función de un fin jurídico, lo que implícitamente viene a señalar que en la personalidad jurídica todo es jurídico y nada prejurídico. La intervención del Derecho lo es todo, por consiguiente[10].

Savigny distingue dos clases de personas jurídicas, las naturales o necesarias, el Estado y las artificiales y contingentes, estas últimas precisan de la aprobación estatal.

De todo ello se deriva según Savigny la incapacidad de la persona jurídica para delinquir.

En sentido opuesto GIERKE[11], defiende la tesis de que el individuo delinque en determinados casos, no como tal, aisladamente, sino en cuanto miembro de una sociedad; puesto que existe una parte social, aparte de la individual y de la llamada vida de relación. En estos supuestos, el sujeto no obra como hombre individual, sino inmerso en la corporación, por lo que será injusto castigar a aquellos como persona natural, cuando han delinquido en ese complejo de la sociedad que forman.

Gierke considera a las asociaciones de personas "igual que al individuo como una unidad vital de cuerpo y alma, que puede transformar en un hecho lo que quiere y lo que ha querido".

[9] Teoría de la Ficción Legal, que ya había sido expuesta con anerioridad por Sinibaldo de Fieschi.

[10] SAVIGNY, F.C.: System des heutigen Römischen Recht., Ed. Pubilisher. Berlín 1840, traducción española de Jacinto Messía y Manuel Poley, Sistema del derecho romano actual. Revista Góngora, tomo IV, pp. 8 y ss. Madrid, 1849.

[11] GIERKE,O.: La personalidad jurídica de los entes morales y del Estado. Berlín 1868. Traducido por Martínez, J.A. Ed. Revista de legislación y jurisprudencia núm. IV, Madrid 1895.

Por ello, las personas jurídicas sólo podrán ser sujeto de Derecho si tiene capacidad de voluntad, y así el sujeto de derechos y obligaciones tiene que ser reconocido por el Derecho objetivo como capaz para ello.

En conclusión la capacidad de ser sujeto de Derecho significa personalidad jurídica, al igual que la persona física tiene voluntad, y esta se expresa a través de sus órganos.

Si la persona jurídica puede contratar, y puede dejar incumplidas sus obligaciones, ¿por qué no ha de poder cometer un delito? Y si la persona jurídica puede cometer un delito, ¿por qué no ha de ser susceptible de una pena?

Es susceptible de sufrir penas como la disolución o abolición, penas pecuniarias, ejecución de bienes. La doctrina de Gierke, tuvo gran influencia, no sólo entre los penalistas germanos (Von Lizt, Hafter, Busch), sino en la Escuela francesa (Mestre) e incluso en la doctrina española (Saldaña)[12] .

III. ADECUACIÓN PROCESAL

Las consecuencias procesales de la incriminación de las personas jurídicas, en cuento sujeto pasivo de un proceso penal.

El nuevo modelo de imputación de responsabilidad penal desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010 de 23 de junio, atribuye la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser imputada conforme a lo establecido en el Art.31 bis de dicho texto penal, y en consecuencia podrá ser condenada en los términos del Art. 33.7 y 66 bis del C.Penal.

Pero, para hacer operativa la participación de las personas jurídicas como sujetos pasivos del proceso penal es necesario adoptar la legislación procesal a este nuevo tipo de imputación penal, las personas jurídicas podrán ser imputadas, acusadas y condenadas penalmente.

La presencia de una empresa en calidad de investigada hizo necesario una modificación de las normas procesales, a fin de dar cabida a esta nueva imputación y garantizar los derechos de la persona jurídica dentro del proceso.

[12] MARTÍNEZ, J.A.: La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Revista de legislación y Jurisprudencia, Madrid 1928, núm. VI, pag.153.

Sólo se puede castigar por una conducta propia, y esa conducta propia de la persona jurídica es lo que de forma genérica, se puede llamar defecto de organización, consistente en la omisión de actuaciones necesarias para evitar la comisión de delitos en el seno de la empresa.

Defecto de organización u omisión de control, fundamenta la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, son las únicas conductas a las que el CP otorga relevancia penal en tanto que atribuibles a personas jurídicas.

El Consejo General del Poder Judicial, ya advirtió de las serias dificultades[13] de índole procesal que podrían deducirse y que requerían, en su caso las oportunas modificaciones legales.

Se señalaban las siguientes:

La capacidad procesal y la representación en el proceso de los entes sin personalidad.

La representación necesaria de las personas jurídicas, los conflictos de intereses con las personas físicas encausadas.

La designación de postulantes, la asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas y a los entes sin personalidad.

La posibilidad de que la persona jurídica simultanee las posiciones procesales de acusador y acusado.

La extensión de derechos procesales a la persona jurídica.

La conformidad con la acusación, la ausencia y la rebeldía de la persona jurídica.

La posición y los derechos procesales de terceros afectados o los efectos de cosa juzgado material de la sentencia, entre otros.

Con la Ley 37/2011, de 10 de octubre, medidas de agilización procesal, se intento encajar a la persona jurídica en el ordenamiento procesal, sin embargo esta reforma fue insuficiente y fragmentaria, esbozo algunas cuestiones relativas al régimen de competencia de los tribunales, el derecho de defensa de las personas jurídicas, la intervención en el juicio oral la conformidad y la rebeldía, siendo estas cuestiones

[13] Informe del CGPJ de 3 de noviembre de 2006, págs. 47 y 48.

procesales insuficientes para resolver todas la cuestiones que plantea la imputación de una persona jurídica, dentro del proceso.

Modelos procesales comparados

Resulta en consecuencia necesario proceder a analizar las decisiones adoptada en otros ordenamientos, en los que la normativa procesal es detallada y en los que el legislador ha tomado la iniciativa de definir los supuestos de hecho y preveer las consecuencias jurídicas.

El análisis de la experiencia jurídica comparada permitio comprobar cómo los problemas más habituales de mayor dificultad con aquellos que derivan de la concurrencia de la persona jurídica como las personas físicas, a las que se imputa también otro delito, o con aquellas que ostenta la representación de la persona jurídica en el proceso. Estas dificultades son especialmente relevantes en el ejercicio de los derechos y garantías de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso.

Lo cierto, es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha surtido un efecto penalizador en muchos países europeos hasta hace poco ajenos a la tradicional responsabilidad penal de las personas jurídicas, más propia de los derechos anglosajones.[14]

En Francia desde 1992, aunque en vigor desde 1994,[15] Bélgica desde 1990, la materia se encuentra regulada en el Código Procesal Penal (Titre préliminaire du Code de procedure pénale, TP-CPP) y en el Código procesal penal (Code d' Insturctión Criminelle, CIC).

Países Bajos, el Código procesal (Wetboek van Strafvordering, WSV) desde 1976, se encuentra en el Libro IV, Título VI dedicado a los procesos especiales, y entre ellos procesos contra las personas jurídicas.

Con carácter general, los países de nuestro entorno que han incorporado en sus ordenamientos un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, estrictamente penal o de otra naturaleza, han abordado coetáneas reformas de naturaleza procedimental. En algún caso, esas reformas han sido tremendamente parcas, por

[14] ECHARRI CASI, F. Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal. Diario La Ley núm. 7632, 18 de mayo de 2011.

[15] Code de procédure pénale, CCP en cuyo libro IV dedicado a los procesos especiales, se introduce el titulo XVII, la persecución, la instrucción y el enjuiciamiento de la infracciones cometidas por las personas jurídicas.

ejemplo en Francia[16], el legislador se ha limitado a señalar que las personas jurídicas debían ser tratadas procesalmente y en la medida de lo posible, como las propias personas físicas, previniendo además una figura especifica " *el mandataire de jutice*"(apoderado general con facultad para intervenir en juicio) para resolver los conflictos de interesases defensivos que puede producirse entre el legal representante y la corporación.

En Austria e Italia, se ha optado por el modelo de responsabilidad administrativa de la persona jurídica derivada de un hecho delictivo cometido por una persona física, cuando se puede vincular el delito cometido por la persona física con la persona jurídica, la persona física es autora de un delito y recibe una pena, mientras que la persona jurídica es autora de un ilícito administrativo y recibe una sanción administrativa.

Italia desde el año 2001, en el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio, sobre Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle socità e delle associazioni anche prive di personnalitá giuridica (DLg 231/01).

En Austria se encuentra regulado desde 2005, en una ley especial, la Ley Federal sobre la responsabilidad de entidades por hechos punibles (Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten, VbVG), que regula tanto aspectos sustantivos como procesales. Agrupa la responsabilidad por hechos delictivos.

En Alemania la persona jurídica incurre en responsabilidad, si quienes tienen poder de dirección han cometido un delito una infracción de deberes que recaen sobre la persona jurídica.

La persona jurídica es llevada al proceso penal, en condición de "participante adhesiva" para dar cabida en el proceso penal a los terceros titulares de derechos que se puedan ver afectados por la posible imposición de un comiso y le confiere las misma facultades procesales que al acusado .

En estos países, la persona jurídica a la que se quiere exigir responsabilidad administrativa se ve inmersa en un proceso penal, al término del cual se le impone una sanción, el proceso seguido contra una persona jurídica es un proceso penal, que termina ante un tribunal penal, puede decirse que es un proceso administrativo *sui*

[16] Código Penal francés en su redacción dada por la ley 9 de marzo de 2004.

generis, porque se rige por la Ley procesal penal y se le aplican los principios y reglas del proceso penal.

En Chile al igual que en España se sigue el modelo de imputación o culpabilidad autónoma no subsidiaría, por defecto de organización.

IV. ESTATUTO JURÍDICO DE LA PERSONA JURÍDICA

Como ya hemos apuntado en el apartado III, nuestro ordenamiento ha estado huérfano de regulación procesal penal, desde la aprobación de la reforma operada en el CP por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que entró en vigor el 23 de diciembre de 2011 y que introduce en el art.31bis la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta el 31 de diciembre de 2011, que entró en vigor la Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, que de forma fragmentaria comenzó a regular el cauce procedimental para la imputación de las personas jurídicas, exigencia que se venía demandado por los operadores jurídicos desde la incorporación de la imputación a las personas jurídicas.

En un estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal[17].

Sin embargo resulta preocupante el escaso o nulo interés con que el legislador afronta las reformas procesales que paralelamente deben acompañar a las modificaciones sustantivas, para que aquellas lleguen a ser viables, de manera satisfactoria. Y las gravísimas consecuencias negativas, no sólo para las personas jurídicas, sino para terceros ajenos a la actividad delictiva. Esta ausencia de una adecuada reforma procesal es sin duda una de las carencias más acusadas de la Ley, así fue puesto de manifiesto por, Moral García A, Hernández García, Echarri Casi F, entre otros.

El informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2009 al Anteproyecto de Ley, indicaba que los instrumentos comunitarios no obligan a una respuesta específicamente penal, sin embargo la opción elegida por nuestros

[17] Circular FGE 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del C.P efectuada por la Ley orgánica núm. 5/2010.

legisladores, ha sido la de los derechos de corte anglosajón. La justificación de este modelo, viene dada, de una parte por las dificultades del Derecho Penal o Procesal Penal, tradicional para identificar y llevar a juicio a los responsables de los hechos delictivos que se comenten en el seno de las grandes compañías [18] .

Declarada la responsabilidad penal de la persona jurídica, y considerada parte pasiva penal en un proceso, hemos de dotarla de un estatuto jurídico, similar al del imputado, pero con las peculiaridades que conlleva y dotar a la persona jurídica de derechos fundamentales y que tales derechos le sean aplicables por su naturaleza, ya que su posicionamiento como sujetos pasivos las coloca en una relación singular con los poderes públicos, que de no ser así podría hacerles de peor condición que las personas físicas imputadas, lo que daría lugar a una importante quiebra de sus derechos y garantías cuando se vean sometidas a un proceso penal.

Siguiendo el modelo estadounidense de Directrices del Ministerio Fiscal para iniciar procedimientos penales contra organizaciones empresariales, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, establece los parámetros a tener en cuenta por los fiscales antes de iniciar una investigación contra una persona jurídica.

Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, incorpora las cuestiones relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La determinación del tribunal competente ha de hacerse con sujeción a las reglas generales, en razón a la materia delictiva y a la gravedad de la pena en abstracto.

Será competente territorialmente el tribunal del lugar del domicilio social o el lugar en que se encuentre la sucursal o establecimiento donde desarrolle sus funciones el directivo o empleado donde se comete el delito; se atenderá a la pena legalmente prevista para la persona física, aunque el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica (art. 14 bis LECrim).

La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica; y se requerirá a la entidad para que designe un representante, y Abogado y Procurador para el procedimiento, advirtiéndole que de no hacerlo, se le nombrará de oficio.

[18] Tal y como recoge la Exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

La Ley de Agilización de Medidas Procesales, que modfificó la LECrim, apartándose de los antecedentes de Derecho comparado, ha establecido el criterio de que la persona jurídica deberá nombrar un representante ad hoc para representar a la persona jurídica en un proceso concreto.

La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica investigada, si no asiste se practicará con el Abogado de la entidad (art. 119.1.a LECr.).

La entidad no puede designar representante a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

Si no designa representante el procedimiento se sustanciará con el Abogado y el Procurador.

El estatuto jurídico procesal de la persona jurídica que esta incursas en un proceso, y solicita su personación en el procedimiento, en el que figura en su contra medidas cautelares por tratarse de una entidad mercantil que está siendo investigada en un entramado delictivo, corresponderá al Juez Instructor; esta cuestión que ha sido resuelta por la Audiencia Nacional por Auto de fecha 19 de mayo de 2014[19].

El juzgado de intructor también deberá pronunciarse expresamente si estamos ante una persona jurídica o si, por el contrario ante una persona instrumental o pantalla, que serían inimputables por carecer de verdadera actividad lícita con relevancia en el tráfico mercantil.

La Audiencia Nacional en su Auto concluye que solo cuando la persona jurídica sean totalmente instrumentales, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir no reales y por tanto no resultan imputables, en este sentido el TS, en sentencias 154/2016, de 29 de febrero, que constituye la primera condena penal a personas jurídicas[20].

[19] AUTO de la Audiencia Nacional Sala de lo Penal Secc 2ª19 de mayo de 2014 (rec 128/2014 Pnte. PRADA SOLAESA: entendiendo que corresponde al juzgado instructor durante la instrucción del procedimiento determinar cuál ha de ser la situación y pronunciarse fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas afectadas, en la forma legamente, a los efectos de que, dependiendo de las diferentes situaciones procesales que se produzcan puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

[20] Sentencia de Pleno Sala II TS 154/2016 de 29 de febrero (Rec 10011/2015 Pnte. MAZA MARTÍN):"…entiende que la persona jurídica estrictamente instrumental o " pantalla", es decir, la que carece de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos, ha de

En el mismo sentido se pronunció la FGE en la Circular 1/2016.

Y para concluir abordaremos la cuestión relativa al estatuto procesal de la persona jurídica y sus garantías procesales, indicar al respecto que goza de los mismos principios del proceso penal que la personas física, en este sentido se ha pronunciado el TS en su sentencia nº 221/2016, de 16 de marzo[21], independiente del criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal / vicarial o de autorresponsabilidad o, incluso, en relación con las causas que harían excluir dicha responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. Pueden calificarse como subsistema de circunstancias eximentes, como excusas absolutorias, o causas de exclusión de la culpabilidad o, incluso, como elementos negativos del tipo, pero la controversia no puede condicionar el estatuto procesal de las personas jurídicas como sujeto de imputación penal.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede declararse después de un proceso con todas las garantías.

Son dos los sujetos de imputación la persona física y la jurídica, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos goza de las garantías constitucionales, que no pude vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro.

Consecuencia obligada del art. 409 bis de la LECrim, que dispone que "*... cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado".*

La responsabilidad de los entes colectivos, no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas

---

ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del art. 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva ….".

[21] Sentencia Sala II TS 221/2016 de 16 de marzo (Rec 1535/2015 Pnte. MARCHENA GOMEZ)."… la imposición de cualquiera de las penas que no medidas- del catalogo previsto en el art. 33.7 del CP, sólo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniende….nuestro sistema, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio. …la pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio"

físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan "...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso". Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave?

Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas. Así se ha pronunciado el TS en la STS 154/2016, 29 de febrero, a la que anteriormente hemos hechos referencia."…*de manera que derecho y garantías constitucionales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legamente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. (…) ampararan también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones".*

V. CONCLUSIONES

En conclusión, hay que distinguir entre la responsabilidad penal de las personas físicas, y analizar más someramente la de las personas jurídicas, que se edifica sobre la persona física.

Primero necesitamos tener una persona física como responsabilidad penal, a continuación es cuando podemos empezar a plantarnos si existe también responsabilidad penal de la persona jurídica.

La persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un proceso penal, a la que habrá que aplicara las normas comunes sobre el proceso penal teniendo en cuenta que goza de los mismo derechos constitucionales que las personas físicas.

La regulación procesal sobre las personas jurídicas se contiene en la LECrim en las normas comunes procesales reformada por la Ley de Agilización de Medidas Procesales L.A.P (Ley 37/2011) que modifica en parte el régimen común en el ámbito procesal.

Esa declaración, como se desprende del enunciado legal, presupone una imputación formal, previa o simultánea, que ha de dirigirse "... *a la averiguación de los*

hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización".

La responsabilidad penal de las personas jurídicas por defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos -pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ECHARRI CASI, F. La persona jurídica y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constituciones. Diario La Ley nº 7632, mayo 2011. Ed. La Ley.

BACIGALUPO ZAPATER, E. La responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de "complianze". Diario La Ley nº 7442, 9 de julio de 2012.Ed. La Ley.

JUANES PECES, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuadernos digitales de formación.CGPJ 46-2015.

BACIGALUPO SAGGESE, S. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ed. Bosch, Barcelona 1988.

SAVIGNY, F.C. System des heutigen Römischen Recht, Berlin, 1840, Ed. Pubilisher, Berlín 1840, traducción española de Jacinto Messía y Manuel Poley, Sistema del derecho romano actual. Revista Góngora, tomo IV, Madrid 1849.

GIERKE, O. La personalidad jurídica de los entes morales y del Estado. Berlín 1868. Traducido por Martinez, J.A. Ed. Revista de legislación y jurisprudencia nº IV, Madrid 1895.

DEL MORAL GARCIA. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Incidencia procesal. Revista Fiscal nº 53 Madrid 2010.

* * * * * *

Patricio Arribas y Atienza
Letrado de la Administración de Justicia. Socio FICP.

∽El delito de sedición∼

Resumen.- La finalidad de esta comunicación es dar una idea sistematizada y básica el delito de sedición, pues (al tratarse de un delito afortunadamente no habitual) suele ser de los que menos atención reciben y puede resultar interesante por tanto ofrecer una visión global y genérica.

I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el delito de sedición el bien jurídico protegido es, como indica el título del código penal en que se encuadra, el orden público, al que añadimos por ir estrechamente ligado a este la paz social; pues, si bien en el artículo 10 de nuestra Constitución esta se liga al orden político como concepto diferente, no cabe duda de que sin la protección del orden público no es posible la paz social y no es posible por tanto el libre ejercicio de los derechos que en un Estado democrático como el nuestro se reconocen a todos los ciudadanos.

Por otro lado, mediante la alteración del orden público igualmente se puede ver alterado el propio funcionamiento del Estado, de manera incluso que llegue a alterar su esencia, si bien ha entendido el legislador que no al modo de que como lo harían otro tipos de delitos calificados con mayor gravedad, como es el caso de la rebelión y otros regulados en un título diferente en el Código Penal y en cuyo caso se ataca a la esencia misma del Estado.

Podría no entenderse que en el caso de la sedición, tratándose de un delito que incluso viene definido en contraposición al delito de rebelión, la regulación se encuentre en títulos distintos del Código Penal, de modo que, como mantenemos, el bien jurídico protegido difiera. Pero lo cierto es que en base a lo dicho el bien jurídico protegido en realidad viene a ser el mismo: la defensa del Estado y, con ello, la de los valores democráticos que nos hemos dado a su través; la diferencia estará solo en el grado de intensidad con que se producen el ataque a esos valores y, aun siendo discutible que el objeto del bien jurídico protegido pueda fijarse en base a la intensidad de dicho ataque, lo cierto es que el legislador así lo ha querido y así deberá por tanto tenerse en cuenta la hora de enjuiciar las conductas que encuadren en este tipo penal.

II. COMPETENCIA

1. Internacional

La sedición que en este caso se sitúa por la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J) en su artículo 23.3 a estos efectos al mismo nivel que la rebelión, se configura como uno de los supuestos especiales en los que es posible proceder contra el autor del delito, aun cuando este se halla cometido en el extranjero el autor sea extranjero y no exista conexión alguna de carácter territorial ni tampoco personal con España.

Dicha extensión de la jurisdicción se justifica por el hecho de que al igual que ocurre con el resto de delitos que se prevé en el mencionado artículo se ataca a elementos que configuran de un modo u otro estructuras de Estado que ponen en peligro su funcionamiento y en algunos de los casos incluso su propia subsistencia.

De ello podemos decir que en realidad no estamos aquí ante un supuesto de justicia universal en sentido estricto, pues no se trata de perseguir delitos que atenten contra valores universalmente reconocidos si no de una necesaria auto defensa contra aquellos que osan ir contra los intereses de una nación soberana, aun cuando en este caso ese Estado defiende y tiene como valores principales los reconocidos como tales por todos los tratados internacionales de defensa de los derechos humanos y políticos de corte democrático.

La extensión regulada no tiene límites y ello conllevará que pueda perseguirse a los extranjeros que participen del delito de sedición sea cual sea su grado de participación, no solo a los autores, sino cómplices y encubridores igualmente.

También debemos considerar que tras la reforma de la L.O.P.J por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo se ha excluido de la persecución de estos delitos la acusación popular, por lo que tratándose de un delito que afecta al propio Estado, solo el Ministerio Fiscal puede ejercer dicha acusación.

2. Delimitación con la jurisdicción militar

Para el actual código Penal Militar (C.P.M) aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre los bienes jurídicos protegidos por la norma penal militar han de ser estrictamente castrenses, de ahí que como veremos seguidamente el concepto de sedición militar varía del recogido en el Código Penal en varios elementos, además de lógicamente el carácter militar del sujeto activo.

La sedición militar se configura de dos modos, por un lado como un tipo de desobediencia que se caracteriza por producirse en grupo y con concierto para ello, y por otro como una reivindicación colectiva creando tumulto o portando armas. Como vemos la principal diferencia estriba en que la sedición militar no pretende un alzamiento. Y por tanto aun cuando se trate de militares si lo que se pretende es el alzamiento, a cuyo concepto luego nos referiremos, será de aplicación el código penal común.

En cuanto a la primera condición para la aplicación del C.P.M, se requiere con carácter general la condición de militar, pero conviene recordar aquí por su relación con el delito de sedición que conforme al artículo 2 de dicho código se aplicará el mismo también a quienes pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar, de conformidad con la Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción o Sitio y normas de desarrollo.

Así aquellos miembros de cuerpos de seguridad u otros que hubiesen sido "militarizados" aun cuando no tuvieran una actitud propiamente sediciosa, es decir aunque no hubiera una intención de alzamiento la mera actitud de desobediencia activa o pasiva hacia las ordenes de la autoridad competente dictadas para impedir el alzamiento daría lugar a la comisión del delito de sedición militar si se cumplieran los requisitos del tipo[1]

3. Objetiva

No existe una atribución especial a un órgano jurisdiccional por razón de la materia en cuanto al delito de sedición se trata por lo que sin perjuicio de la posible atribución competencial por motivos de aforamiento de algún encausado, la competencia objetiva será la ordinaria prevista en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Crim.) y por tanto instruirá el Juzgado de Instrucción que corresponda territorialmente y conocerá del asunto la Audiencia Provincial en tanto en cuanto todas las penas previstas para este delito superan los cinco años de prisión.

Resulta en principio lógico que para este tipo delictivo no se prevea que la competencia recaiga en la Audiencia Nacional, el artículo 65 de la L.O.P.J habla entre otros de delitos contra altos organismos de la nación y forma de gobierno, pues de la

[1] Ver TOLEDANO ARANGUEZ, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid Revista Nº: 2, Marzo-Abril 1982, pp. 35 a 38

descripción del tipo sedicioso, lo cierto es que pueden encajar desde conductas de poca trascendencia efectiva para la seguridad del Estado, hasta otras que por el contrario pueden llegar a poner en riesgo la propia existencia del Estado, hasta el punto que dependiendo de las circunstancias pudiera incluso darse el caso que una conducta meramente sediciosa resultase más efectiva que una rebelión, y si bien este tipo de conductas pudiese resultar razonable su enjuiciamiento por un órgano de carácter central habrá otras muchas que encajando en el tipo no estaría justificada esa especialización que a fin de cuentas es en parte, excepción al juez ordinario predeterminado por la Ley.

Ahora bien la cuestión estará en cómo interpretar la referencia de la L.O.P.J a los delitos contra la forma de Gobierno. En principio la protección del Gobierno de la nación dentro del Código Penal la encantamos en el marco de los delitos de rebelión y en los delitos contra las instituciones del Estado, pero en dichos preceptos se está protegiendo al Gobierno en sentido estricto, es decir al órgano constitucional previsto en los artículos 97 y ss de la Constitución española para ejercer la función ejecutiva.

Por lo tanto habrá que dilucidar si la L.O.P.J al hablar de "forma de Gobierno" va más allá del concepto de Gobierno en sentido estricto al que nos acabamos de referir. Y en este aspecto no podemos obviar que en la doctrina jurídica cuando se habla de forma de gobierno de un Estado, se está refiriendo a la forma política de ese Estado, a lo que nuestra Constitución en su artículo 1 denomina así y dispone que lo es en este caso la Monarquía parlamentaria, forma política que se completa con el conjunto de cualidades, características y demás condiciones que se recogen en el artículo 1 y 2 y que constituye la forma de gobierno de los españoles. El modelo de Estado, social y democrático de derecho, lo valores en que se sustenta ese Estado, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y el sostén territorial que se declara indisoluble e indivisible. Pues bien, si entendemos que la formula empelada en la L.O.P.J se refiere a la forma política de nuestro Estado, la sedición que afectase a la misma sería competencia de la Audiencia Nacional con la consiguiente instrucción de los Juzgados Centrales de Instrucción.

No obstante hemos de señalar dos hándicaps en orden a dar por válida dicha interpretación competencial. Primero, la interpretación en cierto modo extensiva opuesta por lo general a la materia penal. Segundo, que la competencia sobre un mismo tipo penal, dependa de la finalidad o circunstancias específicas del caso para determinar

dicha competencia, obstáculo este verdaderamente difícil de superar desde la más estricta argumentación. Ante ello lege ferenda, tal vez cabría plantearse la posibilidad en su caso que, de modo expreso se atribuyese la rebelión y sedición a la competencia de la Audiencia Nacional, pues la complejidad y gravedad de estos tipos penales aconsejan en mi opinión la oportunidad de su conocimiento por órganos especializados.

4. Territorial

No hay ninguna especialidad en materia de competencia territorial y por tanto será de aplicación el artículo 15 de la L.E.Crim.

En este tipo de delitos lo normal es que intervenga una importante cantidad de sujetos, los que nos llevará a la situación de conexidad prevista en el artículo 17 de la L.E.Crim y la posterior aplicación del artículo 18 del mismo cuerpo legal, conforme al cual será preferentemente juez competente el del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.

Pero el problema radica en que fácilmente puede ocurrir que la actuación se lleve a cabo en los territorios de más de una audiencia, que lo sea a nivel autonómico o incluso nacional, con lo que en aplicación del ya mencionado artículo 18 de la L.E.Crim, nos podemos encontrar con que un delito de trascendencia nacional sea juzgado a nivel provincial, algo que como hemos adelantado al hablar de la competencia objetiva no termina en nuestra opinión de estar debidamente resuelto por el legislador, más si tenemos en cuenta los artículos 12 y 16 de la L.E.Crim, que otorga la competencia a la jurisdicción ordinaria aun en el caso de que algunos de los sujetos activos sea aforado.

5. Funcional

La competencia funcional viene determinada igualmente por las reglas generales, teniendo en cuenta la reforma por Ley 41/2015, de 5 de octubre conforme a la cual tendrá lugar la casación para las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las dictadas por Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y limitadas solo al primero de los supuestos por infracción de ley del artículo 849 de la L.E.Crim, las dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

III. SU DELIMITACIÓN CON LA REBELIÓN

Entrando ya en el estudio del tipo penal, nos encontramos en primer lugar con que la definición del delito de sedición se hace en contraposición al de rebelión al exigir el artículo 544 del Código penal como primera condición previa del tipo que el autor no esté comprendido en el tipo de rebelión, por tanto conviene en primer lugar delimitar cuales son los elementos comunes y diferenciadores entre uno y otro tipo penal.

El elemento común de ambos tipos es el alzamiento, el concepto de alzamiento debe entenderse como acto de revuelta o rebelión contra el poder o la legalidad establecida, poder y legalidad que en un estado democrático como es el caso de España van unidas.

Resulta también coincidente el hecho de que dicho alzamiento debe tener carácter público, es decir que la acción realizada se efectúe con conocimiento general de la ciudadanía del ámbito a que afecta el alzamiento.

En cuanto a los elementos que lo diferencia tenemos en que mientras para el delito de rebelión es preciso que se utilice violencia, en el caso de la sedición se exige el tumulto, eso si con empleo de fuerza o uso de vías no legales, por lo que conviene, aclarar y diferenciar todos estos conceptos pues pueden incluso no quedar claros los límites de unos y otros, pues la violencia conlleva uso de fuerza y es difícil imaginar el uso de la fuerza sin violencia.

Según el diccionario actuar violentamente consiste en usar la fuerza para conseguir un fin, pero no resulta a efectos jurídicos suficiente dicha definición, mucho menos cuando como hemos visto se hace referencia también en el delito de sedición al uso de la fuerza.

Desde el punto de vista jurídico se habla en sentido amplio de coacción comprendiendo tanto la fuerza o violencia física como la violencia moral (intimidación)

Así las cosas y vita la delgada línea entre los conceptos de violencia y uso de fuerza no tendremos más remedio que utilizar para fijar los límites en cuanto a uno y otro tipo penal el grado de gravedad de la fuerza utilizada

A ello añadimos que del artículo 473 del Código Penal al hablar en referencia a los rebeldes de “fuerzas a su mando” se deduce que en el caso de la rebelión esa violencia debe ejercerse mediante grupos organizados en los que de un modo u otro se

reconoce una cierta jerarquía a modo militar o paramilitar, que iría en consonancia con esa mayor gravedad para calificar la actuación como de violenta a los efectos del tipo de rebelión.

Por último también se distinguen ambos tipos por los fines perseguidos por uno y otro. Así en el delito de rebelión es preciso que el autor persiga alguno de los fines que expresa y concretamente se prevén en el artículo 472 del Código Penal y en los que se reconocen las situaciones más gravemente atentatorias contra el Estado que pudieran incluso conducir a su desmantelamiento.

Por su parte en el delito de sedición el fin perseguido es mucho más amplio, impedir la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales. Pero una vez más los límites entre uno y otro tipo penal resultan de complicada determinación, impedir el cumplimento de la ley o el legítimo ejercicio de funciones, puede resultar una vía eficaz para conseguir cualquiera de los fines recogidos en el delito de rebelión.

IV. LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

Con carácter general como indican COBOS DEL ROSAL Y VIVES ANTON la fase externa o de resolución manifestada comienza a partir de la exteriorización de la voluntad[2].

El artículo 548 del Código Penal prevé el castigo de los actos preparatorios punibles de conspiración, proposición y provocación a la sedición, lo que el legislador consideró conveniente dada la peligrosidad del delito tipificado y el hecho de que si la sedición llegase a triunfar, la imposibilidad ya de llegar a castigar los hechos o incluso que fueran los miembros del poder legítimamente establecido los que pasaran a ser reprimidos por defender la legalidad, tal y como tantas veces ha ocurrido en la historia universal.

En todo caso como ya indica entre otros RODRIGUEZ MOURULLO[3] el ordenamiento jurídico no puede posponer la tutela de los bienes jurídicos siendo necesario en diversas

[2] COBOS DEL ROSAL/VIVES ANTON, Derecho Penal. Parte General, Editado por Universidad De Valencia 1984, P 593

[3] RODRÍGUEZ MOURULLO, La Punición de los actos preparatorios, ADPCP 1968, p 290 y ss

situaciones ocasiones ponerse a cubierto del peligro que representa la agresión futura[4], mucho más en delitos como el que nos ocupa.

A continuación examinaremos cada una de estas formas

1. Conspiración

Según el artículo 17 del Código Penal la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

A la vista los requisitos tradicionalmente asentados por la doctrina para que se produzca la conspiración, son;

a) Concurrencia de dos o más personas, por lo tanto si es uno solo quien esta ideando la comisión de la sedición, no se podrá producir nuca esta actuación preparatoria y ello aun cuando se tratará de una persona de la más alta cualificación social, política o administrativa que por su condición estuviese en situación de poder cometer el delito.

b) Concierto de voluntades. En este concierto es preciso que concurra en la voluntad de ejecutar la sedición totalmente

c) Resolución ejecutiva. Resolución firme de cometer la sedición. No se trata de una primera idealización que quedaría impune, si no que ya se ha tomado la decisión de cometer el delito.

La prueba de esta voluntad resolutoria, se adquirirá por los medios probatorios comunes, pudiendo resultar determinante cuando la decisión conspirativa resulta evidente porque los propios conspiradores la hacen pública y de su conducta se deduce claramente una alta posibilidad de que llegue a tener lugar el delito.

Por el contrario si los conspiradores carece de condiciones para cometer el delito de sedición no podrá entenderse como penalmente posible la misma.

2. Proposición

Según el artículo 17 del Código penal la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él.

Tenemos pues como requisitos;

[4] ORTS BERENGUER, Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito, en CPC, 1982 p. 496 y ss

a) Resolución del proponente. Hay un sujeto que ya ha decidió cometer el delito de sedición. Cometer el delito debe ser entendido como ejecutar hasta la consumación[5]

b) Invitación a participar en el delito. A su vez esa invitación debe serlo en concepto de co-autor con el proponente, no basta la invitación a participar en el delito, pongamos como cómplice o encubridor, en cuyo caso una vez iniciada la ejecución estaríamos ante otro figura penal. Y asimismo la invitación se dirige a personas concretas de lo contrario estaríamos en su caso en la figura que referiremos a continuación[6].

La invitación debe ser concreta, precisa, convincente y persuasiva[7].

Por otro lado no es preciso que la persona a quien se propone acepte cometer el delito, si así fuera pasaríamos a estar en el supuesto anterior de conspiración.

3. Provocación

Según el artículo 18 del Código penal la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

La distinción con la proposición la tenemos en dos elementos principalmente, el primero es que el provocador a diferencia del proponente no ha resulto cometer por si el delito, pudiendo incluso no tener ninguna intención por su parte de participar el mismo en la ejecución. En segundo lugar que a diferencia de la proposición no se dirige a personas concretas si no a una masa indeterminada.

Además es necesario que se realice a través de los medios que establece el artículo, medios o situaciones que como se deduce del propio artículo resultan eficaces para conseguir que la gente se pueda decidir a cometer el delito de sedición.

Podría así ser el caso, de una continua llamada a la población a la desobediencia a las leyes adoptadas democráticamente por el Estado, de modo que esto diera lugar al

[5] COBOS DEL ROSAL/VIVES ANTON, Derecho Penal. Parte General, Editado por Universidad De Valencia 1984, p 603

[6] SÁNCHEZ MELGAR, Coordinador del Código Penal, comentarios y Jurisprudencia, SEPIN 4ª edición 2016, La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha modificado el concepto de proposición, de manera que ahora la invitación a esa otra u otras personas no es a ejecutar el delito, sino a participar en él. En tal categoría participativa han de comprenderse, pues, todos los conceptos de autoría posibles, en sentido amplio, y no solamente los ejecutivos (autor material), de manera que se integran las formas de cooperación necesaria e inducción. Con ello se consolida una línea jurisprudencial ya apuntada por el Tribunal Supremo.

[7] STS, sala segunda de 22 de septiembre de 2006

tumulto que se prevé en el tipo de sedición, al tiempo de imposibilitar el cumplimento de las leyes o el ejercicio de sus funciones a la autoridad.

4. Apología

Dispone el artículo 18 del Código penal que es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.

Se regula como una clase de provocación y por tanto deberá reunir los requisitos genéricos que para aquella se prevén

V. La ejecución del delito

Al referirnos a la diferencia con la rebelión, pues el primer requisito del tipo es que los hechos no constituyan u delito de rebelión, ya hicimos referencia al concepto de alzamiento y a la publicad del mismo.

El primer elemento del tipo diferencial de la rebelión es el alzamiento tumultuario frente al violentamente que requiere la rebelión.

Pues bien el tumulto viene referido a multitud, es decir a participación de varias personas que causan desorden. Deberá por tanto en el caso concreto valorarse por razón del número de participantes, intensidad y durabilidad el mismo si efectivamente existe o no dicho tumulto.

Así entiendo no se produciría el tumulto si ante el delito de sedición, concurre una pequeña manifestación de unos cientos de personas en apoyo de los sediciosos sin causar daño alguno, pero si existirá claramente si ese mismo apoyo viene realizado por miles de personas, se producen altercados o de algún modo da lugar a que se paralice la actividad normal del conjunto o parte de la ciudadanía, o de los servicios ordinarios, pero como indico será en el caso concreto donde deberá valorarse si se dan todas las condiciones precisa pare entender que nos hallamos ante un tumulto.

El segundo de los elementos del tipo en una determinada finalidad en el sujeto activo del delito.

a) Impedir la aplicación de las leyes. No se especifica que concretas leyes son las que se pretende inaplicar, pero en todo caso debe con dicha actuación dar lugar a una situación que ponga en riesgo el bien jurídico protegido, es decir que ponga en riesgo el

orden público, pues si esa inaplicación de las leyes no es así, evidentemente no tendrá la consecuencia de la sedición.

b) Impedir a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales. Decimos aquí lo mismo que en el supuesto anterior la actuación debe tener suficiente entidad como para que se pueda lesionar el bien jurídico, de no ser así podremos estar ante otro tipo de conductas también punibles pero no ante la sedición.

Las funciones a que se refiere el precepto lógicamente pueden ser aquellas que de ordinario les correspondan a la autoridad, funcionario o corporación o u otras que se puedan otorgar en base a la legislación en vigor. Asimismo el artículo se refiere a quien en cada momento ostente la competencia, de modo que si en aplicación de la legalidad una autoridad o funcionario es sustituida por otra será está quien tiene la legitimada para ejercer las funciones que sean y no podrá excusarse el comportamiento sedicioso en el hecho de no reconocer dicha relevación de cargos, sin perjuicio del error de tipo que pudiera darse en determinadas situaciones concretas

Por otro lado esas finalidades deberán tener lugar mediante el empleo de determinados medios que son;

a) El uso de fuerza. Ya nos referimos a esto al hablar de la distinción con el delito de rebelión, reiteramos la necesidad de una violencia física o moral coactiva que impida a cualquiera hacer lo que tenga por conveniente o habitual hacer.

b) La actuación fuera de las vías legales. Tenemos que decir que en realidad poco añade este medio de cometer la infracción, pues si de lo que se trata es de impedir la aplicación de la ley o el ejercicio de funciones legítimas, difícilmente se iba a conseguir esto actuando dentro de las vías legales, porque además si así fuera se produciría una contradicción entre la acción y el resultado que llevaría a la penalización del fraude de ley en si mismo. En todo caso viene a subrayar la intencionalidad de alterar el orden mediante el incumplimiento de la ley.

1. Consumación

El delito quedará consumado, cuando efectivamente se halla logrado impedir la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario

público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.

Esa imposibilidad debe en todo caso tener carácter definitivo mientras dure la sedición, es decir no bastaría que con ocasión del tumulto existiera una imposibilidad temporal fácilmente salvable, si no que la imposibilidad se prolongue en el tiempo en tanto no se someta a los sediciosos, de no entenderlo así no podríamos hablar en propiedad de impedimento.

Como se decía en la famosos sentencia del caso 23F por el Consejo Supremo de Justicia Militar[8], en relación con la rebelión pero que resulta aplicable a la sedición, se trata de un delito formal que se consuma al exteriorizarse el alzamiento y su finalidad, sin que sea preciso para la consumación perfecta la obtención de los objetivos de los sediciosos

2. Tentativa

Se sostiene por parte de la doctrina que no es posible la tentativa en este tipo de delitos, por nuestra parte entendemos que en el delito de sedición como en cualquier otro cabe hablar de tentativa, si bien en este caso solo puede tener lugar la tentativa inacabada, pues si el sujeto llevase a cabo todos los actos se produciría necesariamente el delito. Por lo que concretando en este tipo tendremos que si a pesar de que el sujeto ha llevado a efecto todos los actos necesarios para que tenga lugar la sedición, pero está no se ha producido por causa ajenas a él, estaremos ante una tentativa, así si por las autoridades nada más comenzar la ejecución se procede a la detención.

También podría ocurrir que por el sujeto a pesar de desplegar la actividad necesaria para que tenga lugar el tumulto, este no llega a producirse porque finalmente los seguidores con que se contaba no responden a la movilización. En este caso entiendo estaríamos ante un concurso ideal de delitos de sedición en grado de tentativa y desobediencia o el tipo penal que pudiera haber llegado a tener lugar conforme a la acción del sujeto que pretendía la sedición.

3. Desistimiento

[8] Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio de 1982.

Para el desistimiento con carácter general se requerirá un abandono de la acción con tiempo suficiente que evite tenga lugar el delito o bien que a pesar de haber ya ejecutado todos los actos, el propio autor impida mediante su acción el resultado.

No obstante en el caso del delito de sedición se prevé una excusa absolutoria para el caso de la rebelión que es aplicable a la sedición y que se recoge en el artículo 480 del Código Penal conforme al cual quedará exento de pena el que lo revela a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

También se prevé en dicho artículo una atenuación en el caso de meros ejecutores si se someten o disuelven antes o a consecuencia de la intimación que al efecto les realice la autoridad

Pero como expone el Tribunal Supremo[9] *la sumisión o sometimiento a la Autoridad hubiera tenido lugar antes de las intimaciones o después de ellas, pero como consecuencia de las mismas, por lo que a contrario sensu hay que interpretar que si la actividad ilícita de los sediciosos o rebeldes cesó después de haberse producido las intimaciones, aunque no como consecuencia de éstas, sino por haberse agotado ya el delito, una vez conseguidos los fines que los actores se habían propuesto, no procederá la aplicación de la mentada excusa..... No podrá ser alegada frente al delito agotado en el que ya no resulta posible impedir o deshacer los resultados*

V. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El artículo 545 del Código Penal establece en una especialización a la hora de clasificar quienes sean los autores del delito de sedición al especificar los tipos de participación en el mismo, no obstante entendemos que siguen siendo aplicable los conceptos de autoría y participación del artículo 28 de dicho código con la especialidad prevista en aquel.

Así tenemos que habrá de considerarse autores los siguientes;

a) El inductor de la rebelión, en este caso el precepto especial utiliza la misma nomenclatura que el general y el inductor es aquel que tiene capacidad suficiente de influencia en otro para hacer que cometa el delito que el inductor ha resuelto que se realice

[9] STS, sala segunda de 5 de abril de 1983

b) Los que sostienen o dirigen la rebelión. Está refiriéndose aquí a la autovía en sentido pleno. Al autor directo que es aquel que de forma directa y por si mismo ha tomado las decisiones necesaria para impedir la aplicación de la ley o el ejercicio de la autoridad y aquel que ha creado las condiciones para el tumulto. Y asimismo el cooperador necesario sin cuyo actuación no hubiera resultado posible la sedición

c) Quienes aparecen como los principales autores. Con esta expresión se está refiriendo a aquellos supuestos en que dé inicio no hay unos autores previamente anunciados y de los propios actos resulta evidente que determinadas personas son los que están organizando y haciendo posible la sedición.

Aquí resulta de aplicación el artículo 474 del Código penal por remisión del artículo 549, conforme al cual si la sedición no tiene jefes conocidos se reputarán como tales los que de hecho dirijan a los demás, o lleven la voz por ellos, o firmen escritos expedidos a su nombre, o ejerzan otros actos semejantes de dirección o representación.

Tanto en este supuesto como en los anteriores no olvidemos también la posible autoría mediata en que el sedicioso se vale de otro como simple instrumento para que sea aquel el que lleve a efectos los actos que impiden la legalidad sin conocimiento real de lo que está haciendo.

Por lo que se refiere a la complicidad, puede resultar dificultosa su distinción con los meros participes en la sedición, pero entendemos que la línea estará precisamente en que todos los partícipes en concepto de autor aun cuando no tengan un protagonismo principal no resultaría posible la comisión del delito sin su participación[10].

Deberemos tener en cuenta también que en ningún caso cabera alegar como eximente ni tan siquiera incompleta la obediencia debida o el cumplimiento de un deber

[10] Pude resultar de interés la calificación que efectúa la editorial Wolters Kluwer en su guía jurídica dedicada a este tipo penal de fecha 17/07/2017; Este grupo de partícipes los considera el artículo 545 del Código Penal merecedores de la misma pena. Sobre el significado de cada uno de ellos podemos decir lo siguiente:

— *Inductor*. La inducción es la autoría moral realizada por aquél que no actúa materialmente pero por su persuasión eficaz, directa, concreta y suficiente impulsa a otra u otras personas a la realización material del delito, personas que sin dicho estímulo no hubiesen realizado la acción.

— *Sostenedor*. No es un concepto jurídico penal típico, tratándose de un término que indica colaboración o auxilio, pero al asimilarle en pena al autor, ha de interpretarse restrictivamente y equipararlo a la cooperación necesaria, es decir, a la realización de una labor de cooperación sin la cual el delito no se hubiese cometido, bien por aportar una actividad de la que en todo momento dependía la realización del delito (es lo que se denomina tener el dominio del hecho) o bien por aportar materiales o bienes directos para la consecución del delito que son de escasa o difícil obtención.

oficio o cargo, pues esto siempre debe realizarse dentro de la legalidad y el deber ante la orden claramente ilegal lo que procede es la desobediencia.

Mucho menos puede argumentarse un superior mandato, sea político, religioso o de cualquier otro tipo que pueda tener el sedicioso por encima de la legalidad vigente.

VI. NORMA DE ACTUACIÓN

En el delito de rebelión del artículo 479 del Código penal se recoge una norma, que en realidad no tiene carácter penal y que se refiere al modo de actuar por parte de la autoridad y la legitimidad del uso de la fuerza en las circunstancias que expresa el artículo, pero lo cierto es que aun cuando no existiera este artículo el conjunto de la legislación es suficiente como para que el Estado pueda hacer uso de la fuerza e incluso de armas cuando se da una situación de violencia, lo que por otra parte se hace diariamente por los cuerpo de seguridad del Estado. El artículo más bien parece tener una intención moral en el sentido de justificar lo que puede ser un uso de fuerza grave por el carácter del delito y la participación de gente armada opuesta a la legalidad democrática que pudiese llevar a una indeseada situación de violencia extrema.

En base a esto el precepto prevé las dos situaciones en que se produciría ese uso de la fuerza:

a) Cuando intimados los rebeldes a disolverse y retirarse no deponen su actitud. Obligando el precepto por tanto a la autoridad a efectuar dicha intimación para entender legitimado el uso de la fuerza.

b) Cuando son los rebeldes quienes rompan el fuego. En cuyo caso al iniciarse la violencia por los rebeldes no será necesaria la intimación.

El precepto como resulta de aplicación también a la sedición conforme al artículo 549 del Código Penal, las referencias a los sublevados deberán entenderse efectuada a los partícipes en el tumulto y por romper el fuego, por el inicio de la fuerza, es decir el inicio de actos violentos como la ruptura de mobiliario o la actuaciones por la fuerza que lleven a la toma de espacios públicos por parte de la turba.

VII. LAS CONSECUENCIAS DEL DELITO

1. Penalidad

En primer lugar y en cuanto a la comisión de otros delitos particulares que se cometan con ocasión de la sedición en virtud el artículo 481 al que remite el 549 del Código Penal, se entenderá que entran en concurso real con el delito de sedición.

Entiéndase por delitos particulares aquellos que no guardan relación alguna con la sedición, no incluyéndose aquí aquellos otros que resultan inherentes a la sedición y que considerados en abstracto constituirían un delito por si mismos

En cuanto a las concretas penas que se prevén por Código penal, se distingue en primer lugar según el nivel de ascendencia o dirección en la sedición y por otro lado en la actuación que se haya podido tener una vez iniciada la ejecución del delito.

Respecto a los autores a que nos hemos referido en el apartado correspondiente se les impondrá pena de prisión de ocho a diez años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo.

Pero si dichos autores fueran personas constituidas en autoridad, la pena se agrava de diez a quince años. Es una agravación lógica, pues quien resulta ser autoridad dispone además de una superior ascendencia sobre otros participes y el conjunto de la ciudadanía y de unos medios públicos que pueden facilitar la comisión del delito y hasta el éxito de la sedición.

El concepto de autoridad a efectos penales nos viene dado por el artículo 24 del Código Penal reputándose tal al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia, añadiendo el artículo una serie de cargos concretos a titulo ejemplificativo que poco más añaden.

Para el resto de participes la pena es de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo.

En cuanto al resto de participes que no son los principales nos estaremos refiriendo a meros auxiliares o colaboradores de aquellos que aun cuando resultando imprescindible su participación para ejecutar el delito (de lo contrario no sería imputables como autor pudiendo serlo en todo caso como cómplices) tienen un protagonismo secundario. Si bien como ya adelantamos al hablar de la autoría será

sumamente dificultoso en la práctica distinguir los autores meros participes de los cómplices.

Otra dificultad es como penar al conjunto de individuos que puedan participar en el tumulto, si estos fueran un número reducido no habría mayor problema, pero si como es normal que ocurra la turba la componen centenares o incluso miles de personas el castigo de todos ellos resultará imposible y a lo máximo que se podrá llegar será a proceder contra aquellos que en el curso de tumulto sean aprensados por las fuerzas de seguridad leales con ocasión de otros delitos que puedan cometer, como daños o resistencia a la autoridad, cabría plantear si a estas personas concretas podría también acusárseles por el delito de sedición, que si bien es cierto se dan los requisitos necesarios para poder considerarlos autor, lo cierto es que crearía una situación desigual respecto al resto de partícipes en la turba que no lo serán, por lo que podría plantearse la oportunidad de proceder exclusivamente por los concretos delitos cometidos, si bien en puridad debe procederse también por la sedición ejecutada.

Se prevé un subtipo atenuado para el caso de que la sedición no haya llegado a entorpecer de un modo grave el ejercicio de la autoridad pública y no haya tampoco ocasionado la perpetración de otro delito al que la Ley señale penas graves, en cuyo caso la pena podrá rebajarse en uno o dos grados

También se privilegia en base al artículo 480 del Código penal aplicable a la sedición el supuesto privilegiado por el cual si los meros participes deponen su actitud s e someten o disuelven se aplicará la pena inferior en grado.

2. Comportamientos cooperantes de determinados sujetos

El Código penal prevé el reproche para aquellos que revestidos de una condición especial, esto es autoridades y funcionarios sin ser autores o cómplices de la sedición en sentido estricto por su actitud ante la misma se considera conveniente su penalidad. Se recoge en los artículos 482 y 483 del Código penal dedicados a la rebelión y también aplicables a la sedición.

Por un lado tenemos la autoridad que no hayan resistido la sedición. Se considera que aquellos que tienen dicha condición como tales tiene la obligación de hacer todo lo posible según su situación para detener la sedición o en su caso evitar el resultado exitoso de la misma. Una autoridad por el hecho de serlo tiene un plus de compromiso con la sociedad que le obliga a una actitud activa ante todo aquello que ponga en peligro

el orden democrático por el cual han ganado su posición, si que pueda bastar una posición meramente pasiva ante la situación de sedición. El concepto de resistencia conlleva de por si una actuación pro activa, resistirse no consiste meramente en no sumarse a la sedición si no, en actuar en orden a su fracaso.

Lógicamente deberá analizarse en el caso concreto la situación concreta que ocupa esa autoridad y su mayor o menor posibilidad de resistencia.

La pena de no tener lugar la resistencia será la de inhabilitación absoluta de doce a veinte años.

Por lo que se refiere a los funcionarios, se prevén dos actuaciones objeto de reproche penal.

Una de las conductas consistirá en continuar desempeñando su cargos bajo el mando de los sediciosos. Por lo que tenemos que en caso de que los sediciosos bien sea porque logran hacerse con el poder en el ámbito de dicho funcionario, bien sea porque ya tenían ese poder al tratarse de autoridades reconocidas por la legalidad contra la que ahora se alzan, el funcionario tiene la obligación de cesar, dejar de ejercer funciones bajo su mando y desde luego no obedecer ninguna de las ordenes que les puedan dirigir, ni incluso las que de ordinario debiera efectuar en el marco legal, pues dejar de desempeñar significa dejar de ejercer y de prestar los servicios, por lo que la conducta correcta sería apartarse del puesto hasta que la autoridad legítima repusiera la situación legal.

Otra conducta regulada a sensu contrario de la anterior consiste en abandonar su función cuando hay peligro de sedición sin que se le hubiera aceptado la renuncia. En este caso se reprocha la conducta por la cual mediante dicho abandono sin duda entorpecerá el normal funcionamiento de la Administración favoreciendo así los intereses de los sediciosos de subvertir el orden.

Y como escribe RODRÍGUEZ DEVESA estamos ante un delito de comisión por omisión en que la cesación de la función debe ser completa. (xi) [11]

La pena prevista para estos casos es la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años.

[11] RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal español, Editorial Dikynson, Madrid 1990, p 86

Por lo que se refiere al concepto de funcionario según el artículo 24 del Código penal lo es todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. Téngase en cuenta por tanto que este concepto es mucho más amplio que el administrativo y si alguna autoridad competente otorgó a alguien el ejecución de funciones públicas, lo que puede incluso haberse producido con la finalidad de facilitar la comisión del delito, este estará en dicha condición y por tanto le será aplicable lo dispuesto en el artículo comentado

3. Las responsabilidades civiles

Como en todo delito conforme a los artículos 109 y 116 del Código penal responderán civilmente de los daños que se produzcan.

Ello significa que serán de cargo de los sediciosos, sin perjuicio de la imputación de posibles daños a personas concretas, todo aquellos que se produzcan con motivo de los tumultos así como los gastos que hubieran resultado necesarios para derrotar la sedición.

*** * * * * ***

Ana Isabel Betrán Pardo

Fiscal sustituta. Licenciada en Criminología. Doctoranda en Derecho Penal. Socia FICP.

~Acumulación de condenas. La doctrina jurisprudencial de los bloques fructíferos~

I. PLANTEAMIENTO

La acumulación de condenas o acumulación jurídica de penas tiene su fundamento en razones de legalidad constitucional y de política criminal y viene referida a aquellos supuestos en los que una persona haya sido condenada a varias penas de la misma naturaleza, ya sea en el mismo o en diferente proceso. Esta materia, como tantas otras, resultó afectada por la última reforma del CP operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. Pero tras la entrada en vigor de la misma ha sido la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo la que ha venido a establecer una novedosa interpretación del texto legal a través de la cual, abandonando criterios anteriores, se dirige a analizar de entre todas las posibilidades de acumulación, cuál es la combinación más favorable para el penado, lo que en palabras de la propia Sala II se denomina "la doctrina de los bloques fructíferos" que quedó plasmada en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II de 3 de febrero de 2016 y la jurisprudencia que lo desarrolla, de la que resulta exponente la STS 139/2016, de 25 de febrero.

Conviene puntualizar ya desde ahora que no puede confundirse la acumulación jurídica de penas regulada en el art. 76.2 CP con la refundición de penas a la que se refiere el art. 193.2ª del Reglamento Penitenciario, siendo que ambos términos se han venido usando de forma confusa por la doctrina, la jurisprudencia y en la propia praxis de la Administración Penitenciaria, pues se trata de instituciones diferentes[1], ya que en este último caso estamos ante un instrumento a través del cual la Administración Penitenciaria y una vez realizada la suma de todas las condenas, lleva a cabo el cómputo de las 2/3 partes o las 3/4 partes de la condena a efectos de la concesión de la libertad condicional, de tal modo que la suma de las penas se considerará una sola condena, precisamente para evitar que, al producirse el cumplimiento sucesivo de las

[1] LÓPEZ LÓPEZ, A.M., El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición, Diario La Ley nº 8.007, sección Doctrina, 23 de enero de 2013, Ed. La Ley, p. 2.

penas, el condenado pudiera disfrutar de libertad condicional en cada una de sus condenas, debiendo reingresar al término para iniciar el cumplimiento de la siguiente[2].

Así pues, en las siguientes páginas nos adentraremos en el análisis de los aspectos más relevantes en torno a la acumulación de condenas afrontados desde el punto de vista práctico, pues se trata de una materia a la que en muchas ocasiones los operadores jurídicos se enfrentan con cierto respeto y no pocas cautelas por considerarla a priori como farragosa y compleja y sin olvidar que el único recurso que puede interponerse contra el Auto que resuelve el incidente de acumulación es el de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo. Pero entendemos que todos estos los recelos han de ser relegados, pues en definitiva se trata de aplicar una simple operación matemática a una serie de condenas que previamente se han ordenado con arreglo a unos criterios jurídicos. Y a esta sencillez contribuye el hecho de que la reforma del art. 76 CP por la LO 1/2015 desbanca definitivamente la conexidad material como criterio a tener en cuenta junto con el temporal, siendo sólo este último el que ha de examinarse a partir de ahora. Así, la ordenación de forma correcta y completa de todas las condenas impuestas resulta fundamental y garantiza que con un simple golpe de vista y en solo en un par de minutos se encuentre el jurista en condiciones de decidirse por la solución combinatoria más favorable al penado o bien decidir que le resulta más favorable el cumplimiento individual de cada una de las condenas.

Por ello, será el objetivo de la presente comunicación exponer con claridad y sencillez los conceptos básicos que han de tenerse en cuenta a la hora de realizar una acumulación jurídica, orientada ahora a la búsqueda del bloque más favorable al penado.

II. LAS PENAS ACUMULABLES.

1. ¿Sólo penas privativas de libertad o también penas privativas de derechos?

Sirva como principio general el de que para que puedan acumularse varias condenas entre sí, es requisito indispensable que se trate de penas de la misma especie[3].

[2] Artículo 193. RP- Cómputo del tiempo cumplido: Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas: "...2.ª Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total".

[3] En relación a ello, debe tenerse en cuenta que según establece el art. 35 CP, son penas privativas de libertad la prisión, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la localización permanente.

Ahora bien, cabe plantearse si la acumulación debe afectar únicamente a las penas privativas de libertad, o también a cualquiera de otra clase, siempre que sean de coincidente naturaleza.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado claramente sobre esta cuestión entendiendo que las únicas penas que pueden ser objeto de acumulación son las privativas de libertad[4]. Esta línea jurisprudencial es seguida por diferentes autores. En este sentido NISTAL BURÓN sostiene al respecto que "analizando este precepto –art. 76 CP– nos encontramos con un problema, pues parece que está previsto para las penas en general, pero que está orientado a las penas privativas de libertad y concluye diciendo que todos los métodos de interpretación del art. 76 CP, salvo el literal, nos llevarían, claramente, a la conclusión de que dicho precepto es de aplicación única y exclusivamente a las penas de prisión, quedando fuera de su aplicación las penas de otra naturaleza –multa y privativas de derechos–. Es más, si buceamos en una interpretación auténtica nos encontramos con que el art. 76 CP fue reformado por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, denominada de "medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas", lo cual nos sitúa en una clara voluntad del legislador de referir los máximos de cumplimiento de condena a las penas privativas de libertad"[5]. En un sentido similar, ARRIBAS LÓPEZ [6] entiende que las únicas penas susceptibles de acumulación jurídica, son las penas privativas de libertad por cuanto así está previsto en el Código Penal.

No obstante, creemos que pueden encontrarse argumentos para mantener una postura distinta a la de la Sala II y a los de la doctrina citada que son los que resultarían del análisis de los preceptos atinentes al caso concreto desde una interpretación analógica a favor del reo.

Así, el art. 76 CP se incluye dentro del Capítulo II del Título III del Libro I que lleva por rúbrica "De la aplicación de las penas" y, en concreto dentro de la Sección 2ª que se titula "Reglas especiales para la aplicación de las penas". De ello se deriva que el

[4] STS de 7 de mayo de 2014 (ROJ STS 1390/2014 Ponente PALOMO DEL ARCO); STS 26 de diciembre de 2014 (ROJ STS 5751/2014 Ponente SÁNCHEZ MELGAR).

[5] NISTAL BURÓN, J., El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la "acumulación jurídica"(a propósito del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, de 28 de junio de 2012, rec. 99/2012), Diario La Ley nº 8.025, Sección Doctrina, 18 de febrero de 2013, Año XXXIV, Ed. La Ley, pp. 9 y 13.

[6] ARRIBAS LÓPEZ, E., Acumulación de condenas: no mezclar churras con merinas (Comentario a la STS de 20 de junio de 2014), Diario La Ley nº 8.451, Sección Tribuna, 2 de enero de 2015, Año XXXVI, Ed. La Ley, p. 3.

Código no determina que tales preceptos sean de exclusiva aplicación a las penas privativas de libertad como, en cambio, si recoge para los preceptos del Capítulo III "De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad". De hecho, dentro de la misma Sección 2ª encontramos el art. 74 que regula el delito continuado. Y cuando éste sea de aplicación, las penas que lleven aparejados los delitos se impondrán con arreglo a lo dispuesto en tal precepto, sin distinción entre penas privativas de libertad o no privativas de libertad. Por otro lado, como se ha expuesto, el art. 76.1 CP en su primer párrafo establece una regla genérica y una serie de excepciones, en cuyo caso sí que se refiere específicamente a penas de prisión.

Es por estas razones por lo que cuando la aplicación de esos límites pueda beneficiar al reo, no parece que pueda excluirse la acumulación de otro tipo de penas que no sean estrictamente privativas de libertad. Para mayor claridad haremos referencia a un supuesto frecuente en la práctica: una persona es condenada en la misma sentencia por tres delitos de maltrato simple del art. 153.1 CP, entre otras penas, por cada uno de ellos, a la de prohibición de aproximación a la víctima por plazo de 3 años y, asimismo, por un delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP, entre otras penas, a la de prohibición de aproximación a la víctima por un plazo de 2 años. La suma de todas esas penas accesorias ascendería a 11 años. En este caso tratándose de penas de la misma naturaleza y especie, podría aplicarse de forma analógica el límite del art. 76.1 CP, pues se trataría de una analogía a favor del reo. Así, deberían acumularse dichas penas y establecer la sentencia como límite máximo de cumplimiento el triple de la más grave, es decir, 9 años. Lo mismo puede predicarse de las penas de privación del derecho a la tenencia y porte de armas que llevan aparejadas los anteriores delitos o de las penas de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores que llevan aparejadas los delitos contra la seguridad vial. En favor de esta interpretación se posiciona algunos autores de la doctrina.[7]

En definitiva, en la práctica judicial, la acumulación de condenas se aplica predominantemente respecto a las penas privativas de libertad, sin que pueda excluirse hallar en la praxis de los órganos penales ejemplos de acumulación jurídica de penas privativas de derechos, fundamentalmente, prohibiciones de aproximación y comunicación en delitos relacionados con la violencia de género y de privaciones del

[7] LÓPEZ LÓPEZ, A.M., El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición, Diario La Ley nº 8.007, sección Doctrina, 23 de enero de 2013, Ed. La Ley, p. 10.

derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores en los delitos contra la seguridad vial. No obstante, respecto de estas últimas, también puede mantenerse que resulta aplicable el art. 75 CP y, por tanto, deberían cumplirse por el orden de mayor gravedad. Sin embargo, ese control no resulta factible en la mayoría de los casos, pues cuando se liquida una condena de tales características y existen otras anteriores, la práctica habitual es practicar la liquidación enlazada a las previamente impuestas, para determinar la fecha de finalización. Así, el cumplimiento atendiendo a la mayor gravedad de las penas impuestas, únicamente podría llevarse a cabo a partir del control que pudiera hacer de ello la Dirección General de Tráfico que sí tiene conocimiento de todas las condenas impuestas que están pendientes de cumplir por el penado, dado que los Juzgados no cuentan con ninguna aplicación informática para llevar a cabo dicho control.

2. La responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa.

Conforme a lo dispuesto en el art. 53 CP, el impago de la multa trae consigo la transformación de esta pena en responsabilidad personal subsidiaria, pero el precepto citado prevé hasta tres formas distintas de cumplimiento como son la privación de libertad, los trabajos en beneficio de la comunidad y la localización permanente para el caso de condenas por delito leve.

Estas otras posibilidades de cumplimiento distintas de la privación de libertad inspiran lo establecido en la STS nº 393/2014, de 19 de mayo, concluyendo que deben ser excluidas de toda acumulación aquellas ejecutorias que conlleven únicamente pena de multa no transformada en privación de libertad pues el legislador ha previsto otras formas de cumplimiento[8]. Por ello, para poder acumular la responsabilidad personal subsidiaria, será necesario que conste fehacientemente que, habiendo sido requerido de pago el penado, la multa ha sido incumplida y el órgano ejecutante ha procedido a su conversión en responsabilidad personal subsidiaria, ordenando su cumplimiento en días de privación de libertad[9].

No obstante, en la más reciente STS de 9 de mayo de 2016, (Rec. 10596/2015) Ponente JOAQUÍN JIMÉNEZ GARCÍA, sienta una nueva línea jurisprudencial apartándose de la anterior respecto de la que se adopta la postura contraria. Y después de remarcar

[8] En el mismo sentido, STS nº 408/2014, de 14 de mayo; SSTS nº 521/2013, de 5 de junio; nº 473/2013, de 29 de mayo; y 402/2013, de 13 de mayo, entre otras resoluciones.

[9] En este sentido se expresa la STS 26 de diciembre de 2014 (ROJ STS 5751/2014); STS de 31 de julio de 2013 (ROJ STS 4454/2013); y STS 16 de marzo de 2011 (ROJ SSTS 2131/2011.

que es evidente que la acumulación de penas a que se refiere el art. 76 CP se refiere solo a las penas de prisión, considera que en este supuesto, y en aplicación del principio *in dubio pro reo*, resulta susceptible de acumulación la pena de responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa, pues no existen datos en el expediente en relación con el cumplimiento de tal pena o si se ha iniciado la vía de apremio y en definitiva, si resulta ya de aplicación directa la responsabilidad personal subsidiaria. No obstante, añade la sentencia, que tal situación no debe de considerarse como fija e inmutable, porque si se abonaran las multas o estas fueran sustituidas, procedería efectuar un nuevo re-cálculo en relación a la acumulación acordada, lo que expresamente dejan advertido para si se diera tal eventualidad.

3. La localización permanente.

Por cuanto se refiere a la pena de localización permanente, teniendo carácter de pena privativa de libertad, cabe también plantearse si puede ser objeto de acumulación. El artículo 37 CP continúa estableciendo que dicha pena tendrá una duración de hasta 6 meses, aun cuando la reforma del Código operada por LO 1/2015 ha afectado a dicha pena y únicamente se prevé ya como pena leve con una extensión de 1 día a 3 meses (art. 33.4 h) CP). En consecuencia, tal pena únicamente está prevista como principal para los delitos leves y como posible cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria para los delitos leves (art. 53 CP).

Aunque existen posiciones discrepantes sobre si procede o no la acumulación de la localización permanente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la posibilidad de acumularla[10], pero según la doctrina mayoritaria de la Sala Segunda de la que son exponente las SSTS nº 207/2014 de 11 de marzo; nº 388/2014 de 7 de mayo, nº 408/2014 de 14 de mayo y nº 520/2014 de 25 de junio, aunque se considerara acumulable, dada su diferente naturaleza y sobre todo, posibilidad de cumplimiento simultaneo (art. 75 CP), solo debería ser acumulada, en su caso, a otras penas de localización permanente y no a las de prisión o responsabilidad personal subsidiaria por multa convertida[11].

No obstante, considero que en el caso de que se hubiera acordado su cumplimiento en centro penitenciario, podría entenderse que la localización permanente tiene la misma naturaleza que la pena de prisión y, por tanto, sería acumulable a las

[10] STS 15 de abril de 2015 (ROJ STS 1887/2015).
[11] En estos términos igualmente se expresa la reciente STS nº 319/2016 de 15 de abril.

penas de prisión impuestas al penado, ya que de lo contrario, al estar prevista actualmente sólo para los delitos leves, la necesidad de cumplimiento de las penas por orden de su gravedad podría conllevar que en tanto en cuanto se cumplen las penas más graves, las penas de localización permanente acabaran prescritas, dado que su plazo de prescripción es sólo de 1 año, tal y como dispone el art. 133-1 CP *in fine*.

4. La prisión permanente revisable.

Desde el punto de vista teórico, al tratarse de una pena privativa de libertad, será acumulable a las restantes, pero la acumulación es más teórica que real, habida cuenta la manifiesta imposibilidad de serle aplicada tras la acumulación la principal consecuencia de esta como es la fijación de un límite máximo al cumplimiento sucesivo de las penas; inoportunidad que deviene de la propia naturaleza perpetua, indeterminable e indeterminada de la pena de prisión permanente revisable y que conllevará en tales casos, indefectiblemente, la desnaturalización e inoperancia del instituto[12].

En la fijación teórica de tales límites el legislador se remite a lo dispuesto en los artículos 78 bis y 92 CP, preceptos estos que lejos de establecer límites máximos al cumplimiento sucesivo de tales penas cuando resultan acumuladas, previene mínimos de cumplimiento de tales penas para el acceso al tercer grado, la suspensión de la ejecución del resto de la pena o la libertad condicional. Al respecto de las penas de prisión permanente revisable, sostiene acertadamente la STS nº 367/2015, de 11 de junio, que "no hay que olvidar que la reciente LO 1/2015, de 30 de marzo, reintroduce en nuestro ordenamiento, bajo la denominación de prisión permanente revisable, una pena de prisión de duración indeterminada o perpetua, ya que puede prolongarse hasta el fallecimiento del penado, y que, con carácter general, exige un mínimo de 25 años para acceder a la primera revisión (art. 92 a), y en los supuestos más graves de treinta y cinco años (art. 78 bis). La introducción de este precepto, el art. 78 bis, era necesaria pues esta pena se avenía mal con lo dispuesto en el art. 76 CP. De esta forma, introduciendo una regla especial para estos supuestos, el precepto no deja ya lugar a dudas: si se imponen una o más prisiones permanentes revisables, la concurrencia entre ellas o con las penas derivadas de otros delitos no limitará su duración[13].

[12] GARCÍA SANMARTÍN, J., La acumulación jurídica de penas. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid 2016, p. 54.

[13] GUARDIOLA GARCÍA, J., Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 y ss), en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª edición, Valencia, 2015, Ed. Tirant lo Blanch, p. 279 y 280.

5. Las penas impuestas por Tribunales de otro Estado de la Unión Europea.

La acumulación jurídica de penas se ha ceñido siempre, desde su introducción en el art. 89 CP 1870, a las condenas impuestas por los tribunales españoles. El Derecho penal es un reflejo de la soberanía de unos Estados que sólo aceptaban la legislación nacional. El problema surge cuando la Unión Europea va creando un espacio jurídico más homogéneo entre los diferentes países que la componen que se plasma con la aprobación de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal que fue incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, que fue publicada en el BOE de 13 de noviembre de 2014, entrando en vigor a los veinte días de su publicación[14]. Esta Decisión marco vino a considerar, en consecuencia, la necesidad de poder tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados Miembros para desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, tanto para prevenir nuevas infracciones como con motivo de un nuevo proceso penal, aunque delimitando para ello el ámbito de estos efectos, es decir, en esta ocasión la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, simplemente supone reconocer a las condenas pronunciadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea, el mismo valor y asignarle los mismos efectos que una condena nacional anterior. En definitiva impone un "principio de asimilación" o equivalencia de la condena de otro Estado Miembro a la condena nacional, dejando a las legislaciones nacionales que obtengan las consecuencias de este principio.

Así, primero fueron las condenas de los tribunales extranjeros para apreciar la reincidencia en los delitos contra la salud pública. Ahora, tras la reforma de la LO 1/2015, el art. 22 CP in fine la extiende a cualquier condena firme impuesta por un Tribunal de la Unión Europea. El siguiente paso se trata de la acumulación jurídica de

[14] Pese a que la Decisión Marco disponía en su artículo 5.1 que "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco a más tardar el 15 de agosto de 2010", no fue transpuesta al derecho interno sino a finales del año 2014. Por otra parte, esta LO vino a trasponer también la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.

las penas con independencia del país de la Unión Europea donde se hubieran impuesto[15].

Entre tanto el Tribunal Supremo, daba un giro al criterio mantenido en la STS 2117/2012, de 18 de diciembre, en la que acordaba la improcedencia de la acumulación jurídica que no podían acumularse una condena impuesta en España con una impuesta en Francia porque se trataba de soberanías estatales distintas y en la STS 186/2014, de 13 de mayo, admite la inclusión en el bloque de acumulación de una sentencia dictada por un Tribunal francés, argumentando que aunque no se había transpuesto la Decisión Marco, su contenido era vinculante para España de conformidad con la doctrina sentada por la Gran Sala del TJUE, en la sentencia dictada en el caso Pupino el 16 de junio de 2005.

Pero el art. 14.2 c) de la LO 7/2014, tras su paso por el Senado quedó redactado de un modo que induce a la confusión cuando proclama que, "no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión: c) sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites máximos de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b)"; letra b) que viene a disponer, literalmente: "sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro".

De modo que, y tratando de traducir la singularmente confusa redacción del referenciado precepto, podemos concluir que han de quedar excluidas de la acumulación jurídica las penas impuestas por un Tribunal de otro Estado miembro de la Unión Europea cuando la correspondiente sentencia condenatoria extranjera es dictada con posterioridad a la fecha de comisión de los hechos cometidos en España y a cuya correlativa pena o penas pretende ser acumulada[16].

Por su parte, su Disposición Adicional Única de la citada Ley previene que "en ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas

[15] MANZANARES SAMANIEGO, J.L., La acumulación de penas y la Decisión marco 2008/675/JAI, del Consejo, Diario la Ley nº 8.463, Sección Tribuna, 21 de enero de 2015, Ed. La Ley, p. 1.
[16] GARCÍA SANMARTÍN, J., La acumulación jurídica de penas, p. 61.

dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010". De forma que, y como bien suscribe la STS 874/2014, de 27 de enero de 2015, "la norma interna no reconoce efectos a todas las condenas en el extranjero de manera ilimitada, sin atender a criterios objetivos ni temporales. Sino que, al contrario, limita los supuestos de condenas en el extranjero con efectos en España de dos maneras: atendiendo a criterios objetivos (art. 14.2) así como a un criterio temporal imperativo, referido a las condenas anteriores al 15 de agosto de 2010.

La STS citada contiene varios votos particulares que ponen de manifiesto que al excluir de la posible acumulación todas las sentencias dictadas por Tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea anteriores al 15 de agosto de 2010, así como las penas impuestas por un Tribunal de otro Estado miembro de la Unión Europea cuando la correspondiente sentencia condenatoria extranjera es dictada con posterioridad a la fecha de comisión de los hechos cometidos en España y a cuya correlativa pena o penas pretende ser acumulada, supone una regulación menos favorable que la contenida en la Decisión Marco.[17]

6. ¿Son acumulables penas de distintos Códigos?

La respuesta ha de ser negativa, pues aunque han transcurrido más de 20 años desde la entrada en vigor del CP de 1995 no puede descartarse por distintas circunstancias una solicitud de acumulación. Puede mencionarse sobre esta cuestión la reciente STS de 28 de julio de 2016 (Rec. 10802/2015) Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCÍA aborda un supuesto muy particular en el que se pretendía la acumulación de condenas impuestas a la luz del presente CP de 1995 y el CP de 1973. Dice el TS que el único camino para una eventual acumulación es convertir las condenas del Código de 1973 mediante su revisión al sistema de penalidad plasmado en el Código de 1995, si se verifica que de esa forma se alcanza un resultado más beneficioso globalmente contemplado. El último Tribunal no puede acumular penas de Códigos distintos. Si comprueba que sería necesario reconvertir alguna, deberá remitir al penado al órgano sentenciador. Una vez producida la revisión, habrá de reintentar la acumulación con la

[17] En la misma línea, la STS Nº 261/2016, de 4 de abril, en la que se establece que no cabe acumular en España condenas impuestas y ejecutadas por Tribunales extranjeros, salvo: a) Que exista un Convenio bilateral de ejecución de condenas penales entre España y el país donde se juzgó, en caso de tratarse de país no perteneciente a la Unión Europea y b) Si el país forma parte de la Unión, la acumulación solo cabría en los términos que establece la *Ley 23/2014 de 20 de noviembre de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales (arts. 63.2* y *86.1*), que se remiten a la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre de implementación de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de Europa.

condena ya revisada. El art. 76 del vigente Código Penal, solo será aplicable en los supuestos en que todos los delitos sobre los que podría operar la limitación se haya cometido bajo la vigencia del actual Código, o bien cuando, cometidos todos bajo la vigencia del anterior Código Penal de 1973, las penas hayan sido revisadas y adaptadas a lo previsto en el actual Código. Nunca es factible convertir una condena por hechos sucedidos después de la entrada en vigor del Código de 1995 al Código de 1973, ni siquiera por vía de acumulación.

7. Penas en cumplimiento o ya cumplidas.

En relación a esta cuestión la doctrina jurisprudencial[18] parece decantarse por la oportunidad de tomar en consideración para la acumulación incluso las penas que han sido definitivamente cumplidas, siempre que se cumplan el resto de requisitos, pues el que unos procesos se hayan tramitado con rapidez y otros no puede propiciar que hechos ocurridos en una misma época sean enjuiciados en fechas distantes. Se incluirían aquí tanto las penas remitidas definitivamente, como las indultadas y las prescritas, debiéndose tomar en consideración su extensión originaria en orden a fijar los límites máximos de cumplimiento. En relación a las indultadas podría discutirse qué pena ha de tenerse en cuenta, si la impuesta o la resultante del indulto. Y si bien la respuesta no resulta clara debido a la falta de previsión legal, podría mantenerse que habrá de considerarse una u otra atendiendo a la fórmula que sea más favorable al reo[19].

Asimismo, y si compartiéramos la consideración seguida por un sector de la doctrina jurisprudencial y científica, y por la Fiscalía General del Estado en su Consulta 2/2012, entendiendo la suspensión de la ejecución de la pena como una forma sustitutiva de cumplimiento y no como una forma sustitutiva al cumplimiento o al no cumplimiento, habríamos necesariamente de concluir que las penas cuya ejecución se encuentre suspendida, sin haberse extinguido aún la responsabilidad criminal por remisión definitiva, como formas sustitutivas de cumplimiento y al igual que las penas en cumplimiento, debieran ser, asimismo, tenidas en consideración a efectos de la fijación de los límites máximos de cumplimiento en el correspondiente incidente de acumulación jurídica de penas.

[18] STS nº 367/2015, de 11 de junio.
[19] GARCÍA SANMARTÍN, J., La acumulación jurídica de penas, p. 67.

III. LÍMITES A LA EXTENSIÓN DE LAS PENAS.

Puede hablarse de un límite general y de límites excepcionales.

En cuanto al primero partiendo pues de la premisa de que el cumplimiento sucesivo de las penas por orden de su gravedad se suele aplicar en mayor medida a las privativas de libertad, debe tenerse en cuenta que la regla contenida en el art. 75 CP tiene una serie de limitaciones, que vienen impuestas por el art. 76.1 CP. En primer lugar, establece dicho precepto que el máximo efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, debiendo declararse extinguidas las que ya hayan cubierto dicho límite, que no podrá exceder de 20 años. De lo anterior se infiere lo siguiente:

- Que el límite genérico de la suma de las distintas penas no puede exceder del triple de la más grave que se haya impuesto.
- Que en lo que exceda del límite de 20 años. las penas deberán declararse extinguidas.

Pero existen también límites específicos para determinadas penas que, en este caso, sólo resultan de aplicación a las de prisión. En este sentido, el propio art. 76.1 CP establece una excepciones al límite máximo genérico de 20 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos lleve aparejada una pena de prisión que supere ese límite, límites que serán de 25, 30 o 40 años en atención a los delitos concurrentes, según en el propio precepto se detalla.

IV. EL INCIDENTE DE ACUMULACIÓN DE CONDENAS.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en un solo precepto, el art. 988, el procedimiento o incidente que sirve a la determinación de la oportunidad o inoportunidad de la acumulación jurídica de penas y consiguiente fijación de los límites máximos absolutos o relativos de cumplimiento. Este precepto no ha sido modificado tras la reforma del art. 76 CP, por la LO 1/2015, en la que se descarta definitivamente el criterio de conexidad material para la acumulación, debiendo tenerse presente únicamente el criterio temporal o cronológico[20], si bien, ha de indicarse que la falta de

[20] La jurisprudencia fue evolucionando e interpretando el criterio de la conexidad, abandonando el criterio analógico de la relación de bienes jurídicos y aplicando de forma predominante la conexidad cronológica entre los distintos hechos. Y ello, no sólo para evitar que esa diferente tramitación en los procesos pueda perjudicar al reo, sino también para prohibir que la acumulación pueda quedar ilimitada

reforma legal propicia el desfase contenido en el art. 988 que remite a lo previsto en el art. 17 de la LECrim, precepto este que antes de la reforma de 2015 tenía claras referencias a la conexidad material.

1. Órgano competente.

El art. 988 LECrim resulta en este extremo taxativo cuando establece que será competente para fijar el límite máximo de cumplimiento de las penas impuestas, el Juez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia. Y ello aún en el caso de que esta última condena no sea acumulable a las anteriores sentencias[21]. Es decir, el último órgano judicial que haya dictado sentencia será quien deba examinar si todas las anteriores condenas son susceptibles de acumulación y, en caso de que resulte más beneficioso para el reo la aplicación de los límites establecidos en el art. 76 CP que la suma de todas ellas, será dicho Juzgado o Tribunal el que fijará el límite máximo temporal que debe cumplirse.

Tal atribución competencial puede plantear dudas cuando el órgano que ha dictado la última sentencia es el Juzgado de Instrucción. Ello puede ocurrir en los supuestos previstos en el art. 801 LECrim, es decir, en el ámbito de las diligencias urgentes, en las que en caso de conformidad del acusado, la sentencia será dictada por el Juzgado de Instrucción. No obstante, tal y como establece el art. 801.4 LECrim, en estos supuestos, el Juez de Instrucción no es competente para ejecutar la sentencia, pues sólo lo es para iniciar la ejecución y realizar los requerimientos que se deriven para a continuación remitirla al Juzgado de lo Penal que continuará con la ejecución. Por ello, teniendo en cuenta que el incidente de acumulación tiene lugar en la fase de ejecución de sentencia, en este caso no será competente el Juzgado de Instrucción que dictó la sentencia de conformidad, aunque haya sido la última, sino el Juzgado de lo Penal al que le corresponda la ejecución de la misma[22].

El incidente puede iniciarse de oficio o a instancia del penado o del Ministerio Fiscal, aunque considero que debería desterrarse por parte de los órganos judiciales la práctica consistente en iniciar la pieza separada de acumulación con la solicitud que el penado realiza desde la prisión, generalmente, a través de un escrito redactado de su

---

de forma indefinida, pues de otro modo siempre podrían acumularse las futuras condenas que recayesen, lo que supondría una impunidad que sería contraria a los fines de prevención especial de la pena.

[21] Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998.

[22] En este sentido se pronuncia la Circular 1/2014 de la Fiscalía General del Estado.

puño y letra, del que se da traslado al Ministerio Fiscal para informe, pues aunque el penado sea el máximo interesado en la acumulación, lo cierto es que es su representación procesal en la causa quien tiene las funciones de enlace y comunicación con el órgano judicial y los conocimientos para dotar de forma jurídica a esa petición. En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 2010[23] establece que será necesario que exista una petición realizada en nombre del propio penado y firmada por abogado y procurador. Si es el penado quien solicita por sí mismo la acumulación, habrá que requerirle para que designe letrado que le defienda y procurador que le represente y, si no lo hace, se le nombrarán de oficio. Además, establece el Alto Tribunal que no son válidos los nombramientos realizados con anterioridad, es decir, los efectuados en las causas cuyas condenas han de acumularse, por cuanto el expediente de refundición de penas del art. 988 LECrim es un procedimiento diferente de aquellos otros seguidos para cada una de esas condenas, entendiendo que son procesos distintos a los efectos de lo dispuesto en el art. 7.1 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita.

2. Sentencia que determina la acumulación.

La competencia atribuida al Juez o Tribunal que dictó la última sentencia, no implica en modo alguno que tal sentencia sea la que determine la acumulación, sino que la sentencia de fecha más antigua será de la que deba partirse para examinar las siguientes condenas hasta llegar a la última y establecer, en su caso, la procedencia de acumular las distintas condenas en una sola. Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo[24]. Y ello resulta lógico, pues si los hechos a los que se refieren las condenas posteriores tuvieron lugar antes del dictado de aquélla, resulta evidente que en tal procedimiento podrían haberse enjuiciado todos ellos de forma conjunta.

Por otro lado, no se deberá tener en cuenta la firmeza de tal sentencia para el límite de la acumulación. Ello no quiere decir que tal sentencia no deba ser firme, pues es evidente que únicamente las sentencias firmes son ejecutables, sino que para determinar cuál es la sentencia más antigua habrá que estar a la fecha en que ésta fue dictada, con independencia de la fecha de su firmeza. Así lo establecido el Tribunal Supremo en Acuerdo de 29 de noviembre de 2005 y la jurisprudencia que lo desarrolla[25]. Y si bien este concepto resultaba claro, al mismo vino a dotarle de

[23] ROJ STS 2799/2010 Ponente BERDUGO DE LA TORRE.
[24] STS de 12 de septiembre de 2013 (ROJ STS 4662/2013), Ponente GRANADOS PÉREZ.
[25] ROJ STS 5071/2005 Ponente GIMÉNEZ GARCÍA.

confusión la redacción dada al art. 76.2 por la LO 1/2015 de 30 de marzo, de cuya interpretación literal se desprende que lo que según el precepto determina el límite para la refundición no es ya la fecha de la primera sentencia, sino la de celebración del juicio que dio lugar a la primera condena, pues no en vano se hace referencia a la expresión "fecha en que fueron enjuiciados".

No obstante, el contenido de este precepto legal vino a ser interpretado de forma casi inmediata por la Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo en numerosas sentencias[26] que analizan el Acuerdo del Pleno de fecha 3 de febrero de 2016 sobre la interpretación del nuevo art. 76.2 CP. Así, a los efectos de tal artículo deberá estarse a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no a la del juicio. Establece la Sala que adoptar una interpretación literal de "fecha de enjuiciamiento" como "fecha de juicio", conduce a una situación manifiestamente disfuncional, que debe ser evitada en una materia tan delicada en la que está en juego el tiempo de privación de libertad de los penados, por lo que debe adoptarse la interpretación de "fecha en la que los hechos fueron sentenciados". Los motivos de esta decisión se expresan en la STS nº 144/2016, de 25 de febrero y en esencia son, por una parte, de seguridad jurídica, pues la fecha del enjuiciamiento puede ser más difícil de localizar y además, el juicio puede prolongarse durante varias sesiones, y debería interpretarse a cuál de todas ha de estarse, y por otra parte, de coherencia jurisprudencial, pues el legislador modifica sin dar explicación alguna en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 un criterio jurisprudencial consolidado según el cual no es necesaria la firmeza de la sentencia. Además, es la interpretación más favorable para el reo ya que la del texto legal crearía problemas de retroactividad debiéndose diferenciar dos modelos, unos para acumulaciones anteriores a la reforma, que tomarían como referencia la fecha de la sentencia y otro para las posteriores, que partirían de la fecha del juicio.

Por último, añadir que la STS de 26 de julio de 2016 (Recurso: 10191/2016) Ponente ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, matiza que se estará a la fecha de la firmeza y no de la sentencia, en aquellos supuestos en los que la sentencia de instancia sea absolutoria y se condene tras la estimación de un recurso.

[26] Entre otras, STS de 25 de febrero de 2016 (Rec. 10344/2015), Ponente CÁNDIDO CONDE PUMPIDO), de 30 de marzo de 2016 (Rec. 10214/2015 Ponente JULIÁN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR) y de 26 de abril de 2016 (Rec. 10844/2015 Ponente JULIÁN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR).

3. Fase de instrucción y audiencia.

Se trata de un incidente contradictorio, por lo que con independencia de quien parta la iniciativa, deberá darse audiencia a todas las partes. Ha de sustanciarse en una pieza separada en la que dice la doctrina[27] que se unirá a la causa la hoja histórico penal y testimonio de las sentencias susceptibles de acumulación. Esta última práctica, no obstante, puede resultar dilatoria si los órganos exhortados se encuentran dispersos por la geografía nacional, por lo que bien podría sustituirse la misma por la petición al Centro Penitenciario de la ficha procesal del penado, pues en ocasiones, algunas de las condenas no aparecen reflejadas en la hoja histórico penal, ya sea por falta de inscripción de la sentencia en el Registro de Penados y Rebeldes, o simplemente porque exista algún dato incorrecto en la inscripción de los datos de filiación del penado o se haya anotado de forma incorrecta la condena, como hace muy poco tuvimos ocasión de comprobar en un expediente de acumulación en el que tras figurar una condena por delito contra la salud pública se había anotado como única pena la privación del derecho a conducir, lo que constata un claro error en la inscripción. Pero no puede obviarse que es igualmente cierto que puede ocurrir que no todas las condenas estén en posesión del centro penitenciario, como ocurre en el caso de aquellas que estén suspendidas, por lo que a la hora de decidir qué material se incorpora a la pieza separada habrán de ponderarse todas estas circunstancias atendiendo al caso concreto. Una vez unidas, se dará traslado al Ministerio Fiscal cuando no haya sido el solicitante, no siendo su informe vinculante. Tras ello, se dictará Auto motivado, que deberá incluir la fecha de las sentencias, la fecha de comisión de los hechos y las penas que se impusieron en cada una de ellas, pues sin estos elementos no puede establecerse la relación de conexión temporal.

En cuanto al régimen de recursos susceptibles de interponerse contra la decisión jurisdiccional que resuelve la acumulación jurídica de penas, cabe distinguir dos supuestos:

El primero, es el que se da en los casos en los que la acumulación jurídica es acordada por el mismo órgano sentenciador en la propia sentencia respecto a las diferentes penas impuestas en el mismo proceso por la comisión de delitos en relación de concurso real, parece claro que contra dicha decisión, podrán interponerse cuantos recursos procedan contra tal sentencia.

[27] GARCÍA SANMARTÍN, J., La acumulación jurídica de penas, p. 88.

El segundo, en el caso de que las diferentes penas con vocación de ser acumuladas se han impuesto en diferentes procesos, en cuyo caso podrá interponerse contra el correspondiente Auto, recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 5ª.7 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y por la cual, y tras la redacción otorgada por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, "contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", así como conforme a lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que expresamente dispone que "contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley".

V. LA DOCTRINA DE LOS "BLOQUES FRUCTÍFEROS".

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016, ha dado un nuevo giro a la metodología que venía aplicándose a la acumulación jurídica, pues hasta ahora, examinado un determinado bloque se acumulación, si era el caso de que se descartaba la formación del mismo por no ser favorable el resultado de la operación al penado, todas las sentencias incluibles en esa "abortada" agrupación quedarían inhabilitadas para integrarse en nuevos y sucesivos bloques. Así, con la nueva interpretación dice el Alto Tribunal que esa exégesis, aun obedeciendo a una sensata lógica interna, no viene impuesta por el texto legal y, por tanto, debe ser desechada por resultar perjudicial para el reo[28].

Pero veamos en qué términos se expresa el Acuerdo citado:

"*La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.*

Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las

[28] STS nº 222/2016, de 16 de marzo y STS nº 685/2016, de 26 de julio.

demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello".

De esta forma, basándose en el argumento de que no existe ninguna referencia legal que impida lo contrario, ha venido a admitir la posibilidad de rescatar para sucesivas acumulaciones condenas que por fechas encajaban en un primer bloque de sentencias acumulables descartado por no arrojar resultados beneficiosos. Y descartada una acumulación por desfavorable, hay que localizar la siguiente sentencia de data más lejana, es decir, la segunda sentencia de fecha más antigua y verificar con todas las condenas (excluida solo la primera o más antigua ya inhabilitada) cuáles pueden ser objeto de acumulación con esa segunda por contemplar hechos cometidos con anterioridad a la nueva sentencia de referencia. Y así, repetir la operación con todas las siguientes en la búsqueda de la combinación más favorable o bloque que resulte más fructífero. Más adelante lo ilustraremos con un gráfico ejemplo, pero puede acudirse también al ATS nº 1187/2016, de 16 de junio de 2016, QUE contiene una descripción detallada del caso concreto en relación a las operaciones que han de realizarse.

Esta búsqueda de la combinación más favorable sólo tiene dos límites, según se expone en la STS nº 338/2016, de 21 de abril, a saber:

- Cronológico: los hechos de las sentencias que se acumulan han de ser anteriores a la fecha de la sentencia que sirve de base a la acumulación; sentencia base que a su vez es de fecha anterior a las sentencias que a ella se acumulen. En otras palabras, habrán de excluirse los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación, porque no podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

- Continuidad: no es dable excluir, en el bloque así formado a partir de la sentencia elegida como base de la acumulación por resultar más favorable, ninguna ejecutoria de las incluidas en la hoja histórico-penal del condenado, que cumplan en relación con la misma el anterior requisito cronológico, pues en otro caso se potencia la posibilidad de la generación de un patrimonio punitivo, en el sentido de que en algún momento pudiera delinquir nuevamente sabiendo que no cumplirá la pena.

Esta sentencia pone de manifiesto que el Acuerdo del Pleno adiciona la posibilidad de reutilización de la condenas integrantes de bloques no fructíferos, que lo fueron porque los límites previstos en el 76.1, excedieron en su magnitud a la suma

aritmética las que integran el bloque; de modo que es viable la formación de bloques donde se incorporen condenas ya ponderadas en bloques previos donde el cotejo comparativo aritmético frustró la acumulación.

Pero veamos a continuación una simulación de una acumulación jurídica atendiendo a la doctrina de los bloques fructíferos, en la que se expone detalladamente la búsqueda de la combinación más favorable para el penado. Tomamos como punto de partida las condenas que a continuación se relacionan ordenadas atendiendo al criterio de la correlación de fechas de las sentencias, de la más antigua a la más moderna.

Órgano judicial	Fecha hechos	Fecha sentencia[29]	Penas(A-M-D)
1) J. Penal nº 3 Logroño (Ejecutoria 100/05)	15-12-00	03-03-05	1-0-0
2) J. Penal nº 25 Madrid (Ejecutoria 425/05)	01-05-98	01-07-05	1-3-0
3) A. Prov. Málaga (Ejecutoria 220/06)	03-09-01	30-09-05	1-6-0
4) J. Penal nº 2 Huesca (Ejecutoria 12/07)	05-03-05	20-11-06	0-6-0
5) J. Penal nº 5 Almería (Ejecutoria 254/07)	16-06-05	19-02-07	1-0-0
6) A. Prov. Cantabria (Ejecutoria 110/08)	8-04-05	18-12-08	1-0-1
7) J. Penal nº 2 Lugo (Ejecutoria 40/10)	07-02-06	09-06-10	1-0-0
8) J. Penal nº 1 Murcia (Ejecutoria 425/11)	19-10-06	23-05-11	2-0-0

El órgano competente para la acumulación sería el Juzgado de lo Penal nº 1 Jaén y la suma de todas las condenas asciende a 7 años, 15 meses y 1 día de prisión.

La sentencia más antigua es la 1), de la ejecutoria 100/05. A ella, podrían acumularse la 2) y la 3), porque son los únicos hechos no estaban juzgados cuando se dictó la 1). El triple de la pena más grave asciende a 3 años y 18 meses, por lo que no

[29] Resulta esencial para una mejor comprensión ordenarlas por fechas, de más antigua a más moderna.

resulta beneficioso aplicar el 76 CP, dado que la suma de todas las condenas asciende a 3 años y 9 meses de prisión. Por lo tanto, estamos ante un bloque no fructífero.

Según la tesis jurisprudencial anterior al Acuerdo, estas tres condenas, ya no podrían volver a analizarse en ningún otro bloque posterior, Pero siguiendo la nueva doctrina del TS, hay que relegar la condena 1) y seguir la operación con las siguientes sentencias para determinar cuántas cabe acumular a la misma. Así, la siguiente sentencia más antigua es la 2) y a ella cabría acumular la 3), 4), 5) y 6) porque las fechas de comisión de los delitos son anteriores a la fecha de la sentencia 2). El triple de la más grave de esas penas es 3 años y 18 meses, mientras que la suma de todas ellas asciende a 4 años 15 meses y 1 día, por lo que estaríamos ante un bloque fructífero o una solución combinatoria favorable, pero debe continuarse con el método hasta el final para comprobar si existe otro que resulte aún más favorable. Quedarían fuera de este bloque la condena 1), la 6) y la 7) como penas no acumuladas para su cumplimiento sucesivo.

Continuando la operación con la tercera sentencia de fecha más antigua, la 3), a esta podrían acumularse la 4), la 5) y la 6), quedando fuera la 7) y la 8), por ser los hechos de fecha posterior a los de la sentencia. En este caso, el triple de la pena mayor (3 años y 18 meses) es superior a la suma de las impuestas (3 años 12 meses y 1 día), por lo que habrá que descartar esta combinación.

Partiendo de la condena 4) a ella pueden acumularse todas las restantes, es decir, la 5), la 6), la 7) y la 8)). El triple de la pena más grave es de 6 años, que es superior que la suma de todas ellas que es de 5 años 6 meses y 1 día, por lo que no nos encontraríamos ante un bloque fructífero. A este límite máximo, habría que sumar las penas de las condenas descartadas no acumulables que son la 1), 2) y 3) para su cumplimiento sucesivo.

Terminadas las operaciones, debemos decidirnos ahora por la solución combinatoria más beneficiosa para el penado que es la que encabeza la sentencia nº 2), ya que en el mismo se acumulan cinco penas que suman 4 años, 15 meses y 1 día, mientras que el triple de la mayor es de 3 años y 18 meses.

Pero llegados a este punto considero que aún podríamos plantearnos otro supuesto que es el siguiente: ¿qué sucedería si las penas de la solución combinatoria objetivamente más favorable, sumadas a las condenas que quedan fuera de la

acumulación, dieran como resultado unas penas superiores a aquellas que resultan de elegir un bloque o solución combinatoria que de entrada sea más desfavorable pero que a la postre resulta más favorable que el bloque objetivamente más favorable cuando se le suman las penas que han quedado fuera de la acumulación. Es esta una cuestión que no se plantea la línea jurisprudencial referida, pero entiendo que no podría descartarse esta segunda opción con arreglo a los criterios de nuevo cuño establecidos por la Sala II, que se basan en buscar la solución que sea más favorable para el penado.

* * * * * *

M.ª del Carmen Buendía Rubio

Fiscal sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Socia FICP.

~Detención ilegal y "Habeas Corpus"~

Sumario.- I. Introducción. II. Detención. ·III. Habeas corpus: origen y regulación: 1. Principios rectores. 2. Objetivos. 3. Competencia. 4. Tramitación

I. INTRODUCCIÓN

La libertad, entendida como libertad física, ambulatoria, constituye un derecho fundamental de la persona que en nuestro Ordenamiento Jurídico viene consagrada en el artículo 17 de la Constitución de 1978 que reza: "*1º: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley. 2º: La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial…3º Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de la razón de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4º: la Ley regulará un procedimiento de "Habeas Corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*"

La libertad implica la facultad de autodeterminación personal, con ausencia de cualquier presión exterior o condicionamiento que la hagan imposible.

La reivindicación del derecho a la libertad va indisolublemente unida a los orígenes del constitucionalismo en tanto se concibe a éste como controlador de los poderes del Estado en aras de la libertad del individuo, de ahí deviene la regulación formal del derecho a la libertad en las diversas Constituciones de los Estados modernos así como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

El Constitucionalismo moderno se ha caracterizado por regular los derechos

fundamentales del ciudadano, siendo uno de ellos la libertad del individuo, regulada en el artículo 17,1 de la CE, entendida como libertad deambulatoria, constituyendo el Habeas Corpus un mecanismo de protección de aquélla cuando se produce fuera de las vías legales, fundamentalmente frente a la eventual arbitrariedad de los agentes del orden público, pero también de particulares.

II. DETENCIÓN

La detención preventiva, por tanto, es una medida cautelar personal que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona sobre la que existen indicios racionales de criminalidad; al respecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en los artículos 489 y siguientes los supuestos en los que cabe la detención:

-"*Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma en que las leyes prescriban*" (artículo 489)

- "*Cualquier persona puede detener: 1º- al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo, 2º- al delincuente in fraganti, 3º- al que se fugare del establecimiento penal en que se halla cumpliendo condena, 4º- al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiera impuesto por sentencia firme, 5º- al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior, 6º- al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente, 7º- al procesado o condenado que estuviese en rebeldía*" (artículo 490).

- *"La autoridad o agente de Policía Judicial tendrá obligación de detener a: 1º - cualquiera que se halle en los supuestos del artículo 490; 2º - al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la prisión correccional (*cinco años*); 3º - al procesado por delito al que esté señalada pena inferior si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial (se exceptúa al procesado que preste en el acto fianza bastante); 4º - al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado con tal que concurran las siguientes circunstancias: que la autoridad o agente tenga motivos racionales bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente caracteres de delito y que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él"* (artículo 492).

- *El Juez o Tribunal que conozca o deba conocer de la causa,- acordará también la detención de los comprendidos en el artículo 492, a prevención con las Autoridades y agentes de Policía Judicial*" (artículo 494)

- "*El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los preceptos anteriores, deberá ponerla en libertad o entregarla al juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención, dentro de las 24 horas siguientes al acto de la misma, en caso de demorar la entrega más allá de dicho plazo, incurrirá en responsabilidad penal*" (artículo 496).

Respecto del plazo de las 24 horas, el artículo 17,2 de la Constitución indica el plazo de 72 horas.

"Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuese el propio de la causa…, elevará la detención a prisión o la dejará sin efecto, en el término de 72 horas a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado. Lo propio hará cuando hubiese sido él mismo el que la hubiere acordado" (artículo 497).

Par el caso en que el detenido fuese puesto a disposición de Juez distinto del que deba conocer de la causa, una vez practicadas las primeras diligencias, y acordada en su caso la prisión, se remitirán junto con la persona del detenido a disposición del Juez o Tribunal que deba conocer de la causa (artículo 498 y 499)

Por su parte, el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece una serie de derechos que asisten al detenido, en especial, los siguientes: - el derecho a ser informado por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, - derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar a alguna de las preguntas que se le formulen o manifestar que solo declarará ante el Juez, - derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, - derecho a designar abogado y ser asistido por él sin demora injustificada, - derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, - derecho a que se ponga en conocimiento de familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento, los extranjeros tienen derecho a que dichas circunstancias se pongan en conocimiento de la oficina consular de su país, - derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un

tercero, en presencia de un funcionario de policía o del designado por el juez o fiscal, - derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicar y mantener correspondencia con ellas, - derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, - derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal, - derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita; asimismo, se le informará del plazo máximo legal de la duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención (precepto modificado en virtud de L.O. 5/2015 de 27 de abril y L.O. 13/15 de 5 de octubre)

Pues bien, cualquier persona que sea detenida y considere que dicha detención es ilegal por no haberse producido con arreglo a Derecho, puede solicitar el denominado "Habeas Corpus", el cual se configura como un instrumento jurídico para interrumpir la detención ilegal, consagrado en el artículo 17,4º de nuestra Constitución de 1978 y materializado en la LOHC 6/1984 de 24 de mayo.

III. HABEAS CORPUS: ORIGEN Y REGULACIÓN

El origen del Habeas Corpus se remonta al Derecho Romano donde existía el interdicto "*de homine libero exhibendo*" regulado en el Digesto el cual tenía por objeto exhibir al hombre libre que se retiene con dolo, se dirigía contra toda persona particular que restringiera en su libertad a otra que tuviera derecho al goce de la misma, para presentarlo inmediatamente al Pretor quien decidiría sobre la buena o mala fe de quien así había procedido. Este interdicto se refería a la privación de libertad de los "sui iuris" ya que el que tenía a otra persona en potestad –esclavos- no quedaba obligado por el mismo porque no parece que cometa dolo malo el que usa de su derecho. El interdicto reseñado podía ejercitarse hasta en dos ocasiones por una misma persona.

En base al interdicto expuesto, en Inglaterra se asentó el origen de lo que hoy denominamos "Habeas Corpus", así en el año 1100 por parte de Enrique I se promulga la Carta de las Libertades, sucediéndose a continuación una serie de cartas, entre ellas la Carta de las Libertades del Reino y de la Iglesia en 1136 por Esteban rey de Inglaterra, promulgada por su hijo Enrique II de Plantagenet, en 1215 se promulgó la Carta Magna por parte de Juan Sin Tierra, con esta última pasa la soberanía del Rey a la nobleza formando el Parlamento inglés, ésta última Carta Magna consagraba el principio de la libertad individual, disponiéndose en la misma que *"..ningún hombre libre podía ser detenido, preso ni desposeído de lo que legalmente se halle en su poder, ni tampoco*

privado de su libertad sin previa ley que lo justifique, sin previa sentencia legalmente pronunciada contra él…". Por último, la revolución de Cronwell en 1640 imprimió carácter definitivo a la implantación de los principios anteriores, con la misma se pasa de la soberanía de la nobleza a la del pueblo, cristalizando en la creación de la Cámara de los Comunes, promulgándose finalmente en 1679 el "Habeas Corpus Act" y la posterior "Habeas Corpus Admendment Act". En un principio, la ley de 1679 solo se refería a asuntos criminales pero posteriormente en virtud de ley de 1816 se amplió a los asuntos civiles, extendiéndose a cualquier colonia inglesa en las que hubiere magistrados en condiciones de emitir un veredicto de Habeas Corpus.

En nuestro Derecho histórico el Habeas Corpus aparece en el Fuero de Aragón de 1428, el llamado "Recurso de Manifestación de Personas" del Reino de Aragón y anteriormente, en 1287, en el Privilegio I de Aragón sancionado por el Rey Alonso III en el que se establecía que "..*no podía mandar o hacer presos a determinadas personas sin sentencia previa del Justicia de Aragón*.." (juez supremo que podía juzgar al Rey, siendo el baluarte más firme contra la arbitrariedad). Otros referentes históricos en nuestro Derecho sobre antecedentes de la vigencia y aplicación del denominado hoy "Habeas Corpus" se halla en el Fuero de Vizcaya de 1527, para el caso de supuestos de detenciones ilegales, así como en las Constituciones de 1812, 1869, 1873, 1876, 1931, hasta llegar a la proposición de Ley Orgánica del procedimiento de Habeas Corpus de 23 de abril de 1982 que dio lugar a la vigente Ley Orgánica reguladora del procedimiento de "Habeas Corpus" 6/1984 de 24 de mayo.

En la actualidad, el Habeas Corpus tiene su reflejo legal en el artículo 17,4º de la Constitución de 1978, la regulación del "Habeas Corpus" es un mandato constitucional y un compromiso de los poderes públicos ante los ciudadanos, se configura como una comparecencia del detenido ante el Juez y que permite al ciudadano privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o de las condiciones de la misma, al objeto de que el Juez resuelva sobre la conformidad a Derecho, de dicha detención. Constituye una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal.

1. Principios rectores.

En nuestro Derecho su desarrollo legal viene dado por la Ley Orgánica 6/84 de 24 de mayo. Dicha regulación se caracteriza por cuatro principios complementarios:

a) La agilidad, con ello se pretende conseguir que la violación ilegal de la libertad de la persona sea reparada con la máxima celeridad, por ello se configura como un procedimiento judicial sumario, especial y preferente el cual debe finalizar en 24 horas, siendo su cognición limitada a juzgar la legitimidad de una privación de libertad a la que se trata de poner fin o modificar, sin más consecuencias que la necesaria finalización o modificación de esa situación de privación de libertad.

b) La sencillez y carencia de formalismos, que se manifiestan en la posibilidad de comparecencia verbal y en la no preceptiva asistencia de Abogado ni Procurador, evitando dilaciones indebidas y facilitando su acceso a personas de toda condición.

c) La generalidad, la cual implica, por un lado, que ningún agente de la autoridad o particular pueda sustraerse al control judicial de la detención de las personas, sin excepción alguna, ni siquiera en lo referente al ámbito militar y, por otro lado, supone la legitimidad de una pluralidad de personas para instar el procedimiento, incluidos el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, como garantes de la defensa de los ciudadanos y de la legalidad, respectivamente.

I*d) La universalidad*, la ley de "Habeas Corpus" alcanza no sólo a los supuestos de detención ilegal sino también a aquéllas que ajustándose originariamente a la legalidad, se prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales.

2. Objetivos.

El objetivo pretendido por la Ley de Habeas Corpus se recoge en el artículo 1 de la LO 6/84 de 24 de mayo, cual es el de poder obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente, considerando por tales: a) – las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y demás requisitos exigidos por las Leyes (cuando la detención se ha realizado contraviniendo lo dispuesto en los artículos 489 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal., reseñados al comienzo de esta exposición, así como cuando no se cumplen las formalidades previstas en el artículo 520 y concordantes de dicho Cuerpo Legal); b) – las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; c) – las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención; d) –las privadas de libertad a

quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

3. Competencia.

La competencia para el conocimiento de este procedimiento se atribuye a los Juzgados de Instrucción, cuestión recogida en el artículo 2 de la LOHC, así como en el artículo 87, d) de la LOPJ, si bien, de ordinario corresponderá al Juzgado de Instrucción que estuviere de guardia al tiempo de la interposición del mismo, resultando competente el Juzgado correspondiente al lugar en que se encuentre el detenido, si no constare éste, el del lugar en que se produzca la detención y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hubieran tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido. Cuando se trate de los supuestos previstos en el artículo 55,2 de la CE (actuación de bandas armadas o elementos terroristas) el procedimiento de habeas corpus deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. En el ámbito de la jurisdicción militar, será competente para conocer de la solicitud, el Juez Togado Militar de Instrucción constituído en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención.

Legitimación activa: Conforme previene el artículo 3 de la LOHC,: Podrán instar el procedimiento: el privado de libertad, su cónyuge o persona que unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, respecto de los menores e incapacitados, su representante legal; también puede incoarlo el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal al igual que el propio Juez competente, de oficio. Respecto a la posibilidad de que el Abogado que asista al detenido pueda plantear la solicitud de habeas corpus", dicha cuestión ha sido resuelta por la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que tanto el Abogado de oficio como el particular pueden instar la correspondiente solicitud ante el Juzgado competente. Ha tratarse siempre de personas físicas.

Legitimación pasiva: Viene recogida en el artículo 7 de la LOHC y serían la autoridad, agente de la misma, funcionario o particular que haya privado de libertad a la persona en cuestión y/o bajo cuya custodia se encuentre la misma, puede tratarse de personas jurídicas (sectas religiosas, Hospitales para el caso de internamientos no voluntarios…); en la práctica forense, lo habitual es que el Juzgado competente se ponga en contacto con los responsables jerárquicos de los Centros donde se haya detenida la persona de que se trate (Comisarías de Policía, Puestos de Guardia Civil….)

para que lo pongan a su disposición.

4 Tramitación.

a) Iniciación: El artículo 4 de la LOHC establece que "*El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador. En dicho escrito o comparecencia deberá hacerse constar: a) el nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial regulado en esta ley; b) – el lugar en el que se halle el privado de libertad, autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquéllas circunstancias que pudieran resultar relevantes; c)- el motivo concreto por el que se solicita el "habeas corpus*".

En la práctica forense, lo habitual es que sea el propio detenido quien solicite el habeas corpus en el lugar donde se halle privado de libertad, no exigiéndose ninguna formalidad en este caso, incluso cabe la posibilidad de que ni siquiera se exprese el motivo por el que se insta la solicitud y en lo referente a la no intervención preceptiva de Abogado, no cabe duda de que el detenido, por el mero hecho de serlo, tiene derecho a la asistencia letrada, conforme previene el artículo 520, 2,c) y 5 de la LECRIM., por lo que dicho Letrado, ya sea designado de oficio o de forma particular, puede iniciar el procedimiento de "habeas corpus", según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

El artículo 5 de la LOHC establece: *" la autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público, estarán obligados a poner inmediatamente en conocimiento del Juez competente la solicitud de "habeas corpus", formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo su custodia. Si incumpliera esta obligación, serán apercibidos por el Juez, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que pudieren incurrir."*

En la práctica y para el caso en que el detenido en dependencias policiales inste una solicitud de "habeas corpus", los agentes lo pondrán inmediatamente en conocimiento del Juzgado de Guardia, vía telefónica o por fax, en el caso en que la solicitud se haya formulado por escrito, extendiendo el Secretario Judicial una diligencia de constancia que de fe de ello, la cual incluirá la identidad del detenido.

***b) Incoación y Registro*:** La recepción en el Juzgado de la solicitud de "habeas corpus" ha de ser objeto de incoación formal y registro del correspondiente expediente

que nada impide que el mismo se realice con la mención de "habeas corpus".

c) Admisión o inadmisión a trámite: Conforme previene el artículo 6 de la LOHC, promovida la solicitud del mismo, el Juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal, seguidamente, mediante Auto, acordará la incoación del procedimiento o la denegará por considerarla improcedente; dicho Auto se notificará en todo caso al Ministerio Fiscal y contra la resolución que en uno u otro caso se adopte, no cabe recurso alguno.

Este juicio de inadmisión *ad líminem,* consistía en considerar que el detenido no se hallaba en ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 1 de la LOHC, por lo que se consideraba que la detención se había realizado conforme a Derecho y no procedía admitir a trámite la solicitud interesada por el detenido y ello en base al atestado instruído o expediente administrativo abierto para el caso de extranjeros, cuya remisión se instaba de los agentes o funcionarios encargados de los Centros de detención, esta práctica ha sido en numerosas ocasiones objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional por parte de las personas que instaron la solicitud de "Habeas Corpus", debiendo distinguirse el supuesto previsto en el artículo 6 de la LOHC y el supuesto previsto en el artículo 8 que hace referencia al juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia, una vez oído el detenido acerca de la causa y circunstancias de su detención y, en su caso, practicadas las pruebas propuestas y admitidas, conforme establece el artículo 7 de la LOHC.

Esta inadmisión "*ad limine litis*" ha motivado en ocasiones el recurso de amparo ante el TC., ejemplo de ello, lo es, entre otras la SSTC 195/2014 de 1 de diciembre, recurso 4970-2013 promovido por D. Allal Zougaghi y D. Mohamed Zougaghi respecto de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Palma de Mallorca denegando la incoación de procedimiento de *habeas corpus*, siendo estimado el recurso de amparo al entender que hubo vulneración del derecho a la libertad personal al haber inadmitido la petición de *habeas corpus* por razones de fondo. Por medio de este recurso de amparo, los demandantes discuten la conformidad con los artículos 24,1 y 17 de la CE de la decisión del Juzgado competente de no admitir a trámite la solicitud de *habeas corpus* que había presentado su Abogado a las pocas horas de su detención; se alegaba en esa solicitud inicial que la detención era innecesaria por tener los detenidos domicilio conocido y haberse personado voluntariamente en comisaría para declarar, por lo que no se consideraba justificado que los mismos tuviesen que pasar la noche en

comisaría hasta el día siguiente en el que se les iba a tomar declaración. El Juzgado de Instrucción denegó la incoación del procedimiento de *habeas corpus* al considerar, en consonancia con el informe emitido por el Ministerio Fiscal, "…*que el supuesto no podía encuadrarse en ninguno de los apartados del artículo 1 de la LOHC y por ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la referida Ley debía considerarse improcedente la petición efectuada, toda vez que las detenciones se habían producido en fase de investigación policial en virtud de atestado…con plena observancia de las formalidades y requisitos exigidos por la Ley, habiéndose informado por la fuerza actuante a los detenidos de su derecho a solicitar habeas corpus, así como el significado de dicha solicitud, manifestando que no era su deseo solicitar dicho derecho."* El Letrado de los detenidos instó la nulidad del Auto en cuestión, alegando indefensión a sus clientes ya que dicha resolución afectaba a sus derechos a la tutela judicial efectiva y a su libertad personal, según lo establecido en los artículos 24,1 y 17 de la CE. , nulidad que fue denegada por los motivos antedichos, recurriendo el Letrado en recurso de amparo, alegando que la decisión del Juzgado de inadmitir la solicitud de *habeas corpus* interesada por el mismo en calidad de Letrado de los detenidos, suponía fallar sobre el fondo de la cuestión del procedimiento de *habeas corpus* sin tramitar el correspondiente procedimiento previsto al efecto y por tanto, sin oír al afectado ni poder valorar sus pruebas, requisitos necesarios para dictar esa resolución sobre el fondo, -en el mismo sentido, las SSTC 250/2006 de 24 de julio y 303/2005 de 24 de noviembre, 21/2014 de 10 de febrero, 32/2014 de 24 de febrero y 12/2014 de 27 de enero -, considerando que con esta práctica queda desvirtuada la garantía que representa el procedimiento de *habeas corpus,* existiendo una consolidada jurisprudencia del TC a este respecto, declarando que aun cuando la L.O. de regulación del procedimiento de *habeas corpus* posibilite denegar la incoación de un procedimiento de *habeas corpus* en su artículo 6, vulnera el artículo 17,4 de la CE el hecho de fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 de la LOHC, ya que esto implica dictar una resolución sobre el fondo, cosa que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento; los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 de la LOHC (STC 35/2008 de 25 de febrero, fj 2). A tenor de lo anterior, resuelve la SSTC 195/2014

de 1 de diciembre, fallando finalmente en el sentido de estimar el recurso de amparo interpuesto, declarando que había sido vulnerado el derecho fundamental de los demandados a la libertad personal (artículo 17,1 y 4 de la CE), declarando asimismo la nulidad, sin retroacción, de las actuaciones –puesto que esta medida carecería de eficacia por haber cesado la situación de detención-, de los Autos recurridos dictados en el procedimiento de *habeas corpus* nº 2/2013 del Juzgado de Instrucción nº 11 de Palma de Mallorca.

d) Incoación del procedimiento: "En el auto de incoación, el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquél en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre. Antes de dictar resolución, oirá el Juez a la persona privada de libertad, o en su caso, a su representante legal y Abogado, si lo hubiere designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oirá en justificación de su proceder a la autoridad, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiera ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquélla bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad; a todos ellos dará a conocer el Juez las declaraciones del privado de libertad. El Juez admitirá, si las estima pertinentes, las pruebas que aporten las personas a que se refiere el párrafo anterior y las que propongan que puedan practicarse en el acto. En el plazo de 24 horas, contadas desde que sea dictado el auto de incoación, los Jueces practicarán todas las actuaciones a que se refiere este artículo y dictarán la resolución que proceda" (ex artículo 7 de la LOHC).

Este precepto regula el núcleo central del procedimiento de "habeas corpus", caracterizándose por el principio de oralidad e inmediación (audiencia del detenido ante el Juez), lo habitual es que se dirija un oficio a las personas encargadas del Centro de detención para que trasladen inmediatamente al detenido al Juzgado de Guardia, así como la remisión del atestado instruido al efecto, esta comunicación puede hacerse vía fax o de forma telemática y únicamente cuando no sea posible el traslado a las dependencias judiciales, se personará el Juez en el lugar donde se hallare el detenido.

Las alegaciones orales del detenido ante el Juez, configuran la verdadera esencia del proceso, la causa de pedir, y por tanto el objeto sobre el que debe versar la decisión judicial en cumplimiento del deber de congruencia, delimitando asimismo el campo probatorio en el supuesto en que se interese prueba alguna.

Para el caso en el que el privado de libertad sea un menor o un declarado incapaz, algunos autores opinan que la audiencia judicial del correspondiente representante legal debe entenderse complementaria a la del menor o incapaz y no sustitutiva de la de éstos, salvo que se trate de incapacidades graves; además, para el caso en el que el representante legal no sea hallado, será el Ministerio Fiscal quien le sustituya en virtud de lo dispuesto en el Estatuto que regula su función.

Igualmente, aun cuando el artículo 7 de la LOHC hace referencia a la audiencia del abogado designado –particular-, nada obsta para que también se incluya al Abogado de oficio. Lo habitual es que el privado de libertad declare ante el Juez del mismo modo que en una declaración ordinaria, asistido de abogado, que por otra parte ya se supone había designado por su condición de detenido, formulando el Juez las preguntas que estime pertinentes a fin de poder resolver sobre la pretensión formulada y respecto de los demandados, una corriente doctrinal considera que deben declarar en concepto de imputados, con información de derechos y asistencia de abogado, si bien por otra parte, se predica que la fase de alegaciones se aproxima al régimen de la LEC, realizando cada parte, alegaciones y contra alegaciones como si de un procedimiento civil se tratase, a tal respecto, la LOHC no se pronuncia pero esta última postura encuentra encaje en la literalidad y naturaleza de la LOHC.

La audiencia personal de los encargados de la custodia del detenido, debería producirse en todo caso, siendo inexcusable cuando se denuncian tratos degradantes, privación del derecho de defensa, etc.

En el caso en que se produzca alguna detención en relación con hechos que ya son objeto de un procedimiento judicial abierto el cual hubiere sido declarado secreto, el Juez que ha de intervenir en el procedimiento de "Habeas Corpus" debe garantizar que la información que pueda albergar el atestado y que pueda comprometer el secreto, no sea accesible al detenido ni a su abogado.

En lo referente a la prueba, rige el principio de aportación de parte, debiendo probar el demandante los hechos constitutivos de su pretensión y el demandado los hechos extintivos e impeditivos. Respecto a los medios probatorios, caben la testifical, pericial, documental e inspección ocular, siempre que puedan desarrollarse en el período señalado en la LOHC -24 horas-.

e) Fase decisoria: viene regulada en el artículo 8 de la LOHC, al reseñar las

posibles resoluciones que puede adoptar el Juez, por medio de auto motivado y una vez practicadas las diligencias establecidas en el artículo 7 de la LOHC: 1.- Si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 1 de esta ley, acordará el archivo de las actuaciones, declarando conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que la misma se está realizando; 2.- Si estima que concurren alguna de las circunstancias del artículo 1 de esta ley, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas: a): la puesta en libertad del privado de ésta si lo fue ilegalmente, b): que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considera necesario, en otro establecimiento distinto o bajo la custodia de personas distintas a las que hasta entonces la detentaban; c): que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención" (72 horas, ex artículo 17,2 de la CE).

Respecto a la posibilidad de recurrir el auto dictado por el Juez referenciado en el artículo 8 de la LOHC, en puridad, cabría recurso de reforma conforme previene el artículo 217 de la LECRIM y, alternativamente el de queja, conforme al artículo 218 de dicho Cuerpo Legal.

Por último el artículo 9 de la LOHC, a modo de clausula final establece: "El Juez deducirá testimonio de los particulares pertinentes para la persecución y castigo de los delitos que hayan podido cometerse por quienes hubieran ordenado la detención o, tenido bajo su custodia a la persona privada de libertad. En los casos de delito de denuncia falsa o simulación de delito se deducirá asimismo, testimonio de los particulares pertinentes, al efecto de determinar las responsabilidades penales correspondientes. En todo caso, si se apreciase temeridad o mala fe, será condenado el solicitante al pago de las costas del procedimiento, en caso contrario, éstas se declararán de oficio.

BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J.Mª, "La libertad de movimientos como derecho fundamental", en Derechos procesales fundamentales. Manuales de Formación Continuada 22. CGPJ 2004.

BARONA VILAR, S. Garantías y derechos de los detenidos. Manuales de Formación

Continuada 22. CGPJ 2004.

DE DIEGO DÍEZ, A. Habeas Corpus frente a detenciones ilegales. Tecnos. 1997.

GUDE FERNÁNDEZ, A. El Habeas Corpus en España. Tirant lo Blanch, 2008.

PESTAÑA PÉREZ, M. El procedimiento de Habeas Corpus. Manuales de Formación Continuada 48. CGPJ 2008.

JURISPRUDENCIA

SSTC 303/2005 de 24 de noviembre.

SSTC 250/2006 de 24 de julio.

SSTC 12/2014 de 27 de enero.

SSTC 21/2014 de 10 de febrero.

SSTC 32/2014 DE 24 de febrero.

SSTC 195/2014 de 1 de diciembre.

STC 35/2008 de 25 de febrero.

*** * * * * ***

Antonio Bueso Alberdi
Abogado en ejercicio. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel. Socio FICP.

~El procedimiento de aceptación por decreto en el proceso penal~

I. INTRODUCCIÓN

La reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha introducido a través de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, el Título III BIS, denominado *"Proceso por Aceptación de Decreto",* artículos 803 bis a) a 803 bis j), ubicado después de la regulación de los llamados *"juicios rápidos"* y justo antes del nuevo procedimiento de decomiso autónomo e intervención de terceros afectados por el decomiso.

Este nuevo proceso, reproduce básicamente la Propuesta del Código Procesal Penal de 2013, acomodada al mantenimiento del modelo de Juez de Instrucción y a la última reforma del Código Penal. Se inspira en los *procedimientos monitorios europeos* (Strafbefehlverfahren alemán parágrafos 407 a 412 StPO, *procedimiento per decreto* italiano –arts. 459 a 464 CPP-, *proceso sumarísimo* portugués – art. 392 a398 CPP-, etc.), aun sin ser genuinamente un procedimiento de dicha naturaleza, al no ser bastante para la condena la pasividad del encausado mediante la falta de impugnación de la propuesta de sanción y exigirse una aceptación expresa de la pena por su parte, efectuada con asistencia letrada, para su aplicación. La denominación coincide con la del *proceso monitorio* italiano, pese a que en Italia es el Juez de la Investigación Preliminar el que dicta el decreto, a petición del Fiscal, y es la ausencia de oposición por la persona a la que se le atribuye el delito o su abogado la conducta que dota de ejecutoriedad a la resolución, al igual que sucede en Alemania y en Portugal.[1]

El objetivo del proceso de aceptación por Decreto, es dotar al procedimiento penal de una mayor agilidad en su tramitación con el fin de conseguir una rápida y anticipada respuesta a delitos de escasa gravedad y, en consecuencia, reducir el tiempo de la llamada "*fase intermedia"*. En definitiva, se pretende agilizar la justicia penal mediante la instauración de un cauce sencillo. El protagonismo lo ostenta el Ministerio Fiscal, su

[1] MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, Madrid, p. 76.

utilización es opcional para la fiscalía, y el resultado va a depender de la voluntad del investigado.

El Preámbulo de la citada Ley 41/2015, de 5 de octubre, viene a reflejar las razones por las que se ha aportado por la introducción de este proceso, al recoger: *"Se trata de un procedimiento monitorio penal que permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos previstos y el encausado da su conformidad, con preceptiva asistencia letrada".* Como sigue recogiendo el Preámbulo, se trata de un proceso aplicable, con independencia del procedimiento que le corresponda, tanto a los delitos leves como a los delitos menos graves que se encuentren dentro de su ámbito material de aplicación, a instancia del Ministerio Fiscal y siempre antes de la conclusión de la fase de instrucción. Su aplicación debería suponer una importante reducción de las instrucciones y posteriores juicio orales.

II. COMPETENCIA. ¿LA INICIATIVA DEBE PARTIR SIEMPRE DEL MINISTERIO FISCAL?

La Ley no específica de quién debe partir la iniciativa, si bien, de una lectura de la misma, concluimos que el monopolio de esta iniciativa está en manos del Ministerio Fiscal, puesto que el decreto tiene que dictarse por este y es el Fiscal el que de e solicitar una pena. Nada impide que el investigado, o su defensa técnica, se dirijan al Fiscal promoviendo esta actuación del mismo, bien en el seno de las diligencias de investigación penal de la Fiscalía, bien en el procedimiento judicial antes de la finalización de la fase de instrucción[2].

Si bien la formulación del decreto que va a contener una propuesta de sanción corresponde a la Fiscalía, su autorización y posterior conversión en Sentencia condenatoria compete al Juzgado de Instrucción, tal y como recoge el artículo 87.1 b) LOPJ. La competencia objetiva y territorial se sujeta a las reglas comunes. No es procedente, que el Juez de Instrucción inste al Fiscal la formulación del decreto puesto que al órgano judicial le corresponde un papel imparcial y tiene que velar por las garantías del proceso.

[2] DOLZ LAGO, M.J., Encuesta Jurídica: En el nuevo proceso por aceptación de decreto de los arts. 803 bis a) y siguientes LECrim: a) ¿La iniciativa ha de partir necesariamente del Ministerio Fiscal?, Revista Jurídica Sepin, Junio 2016, Madrid, p. 1.

Como señalábamos anteriormente, el procedimiento por aceptación de decreto se trata de un proceso especial que pretende agilizar el funcionamiento de la justicia penal introduciendo un sistema de rápida solución de conflictos en supuestos de escasa entidad delictiva (delitos menos graves y leves castigados con pena pecuniaria o de otra naturaleza, per de reducida significación) en los que, interviniendo el Ministerio Fiscal como única acusación, finalicen con la conformidad del encausado ratificada por el Juzgado de Instrucción. Pues bien, la proclamación que hace el Preámbulo de la Ley 41/2015, junto con la interpretación combinada de los artículos 803 bis a) (requisitos de aplicación de este proceso), 803 bis b) (objeto del mismo) y 803 bis c) (contenido del decreto) LECrim. en la nueva redacción que aquella introduce, permiten deducir sin ninguna dificultad que corresponde de modo exclusivo al Fiscal la iniciativa para instar del Juez de Instrucción la incoación de este proceso.[3]

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y OBJETO DEL PROCESO.

El artículo 803 bis a) LECrim., establece los requisitos que deben concurrir cumulativamente para que pueda procederse por este proceso de aceptación de decreto:

1. Requisito objetivo: Que el delito esté castigado con pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 CP, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores. En consecuencia podemos señalar que sí es posible la petición por el Fiscal y la imposición por el Juez de una pena de prisión para el encausado a través de este proceso, pero siempre que se cumplan los requisitos mencionados: que la pena de prisión prevista en abstracto por el CP para el delito por el que se vaya a condenar al encausado "*no exceda de un año"* y que dicha pena pueda ser suspendida conforme al artículo 80 CP.

2. Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable a los hechos que se imputan es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.

3. Que no esté personada acusación popular o particular en la causa, pues en caso de existir estas acusaciones, no será posible la aplicación de este procedimiento. La intervención de esta acusaciones en la causa obstaculizaría el objetivo finalista de este

[3] NARVÁEZ RODRIGUEZ, A., Encuesta Jurídica: En el nuevo proceso por aceptación de decreto de los arts. 803 bis a) y siguientes LECrim: a) ¿La iniciativa ha de partir necesariamente del Ministerio Fiscal?, Revista Jurídica Sepin, Junio 2016, Madrid, p. 9.

procedimiento, que es el de alcanzar una extrema agilidad y concentración de actuaciones, que lleva a prácticamente, poner fin al mismo de forma tan breve[4]. En consecuencia, serán partes del proceso por aceptación de decreto, únicamente el Ministerio Fiscal y el investigado o encausado.

4. Requisito temporal: El Ministerio Fiscal podrá instar la apertura del proceso por aceptación de decreto durante la realización de diligencias de investigación por la Fiscalía o durante la fase de instrucción de un proceso judicial, hasta la finalización de la instrucción, aunque no hay a sido llamado a declarar el investigado, siempre y cuando se cumplan los 3 requisitos anteriormente citados. Así las cosas, la finalización de la fase de instrucción, es el límite infranqueable para que pueda seguirse el proceso por aceptación de decreto. En el procedimiento abreviado, el límite es el auto de transformación del artículo 779.1.4ª LECrim; en el proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, es el auto de continuación del artículo 798.2.1º LECrim, y en el proceso por delitos leves, no existiendo fase de instrucción propiamente dicha, la aceptación de decreto podrá efectuarse hasta el mismo momento de celebración del juicio que es el momento en el que el Ministerio Fiscal formula la acusación.

El objeto de este proceso penal (artículo 803 bis b) LECrim.) es necesariamente una acción penal y eventualmente una acción civil. La acción penal, fundada en la atribución de la comisión de un hecho punible por el destinatario del decreto, lleva aparejada la imposición de una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Conjuntamente con el ejercicio de la acción penal, es posible ejercitar la acción civil, que se dirige a la obtención de la reparación/restitución de la cosa o la indemnización de los perjuicios ocasionados por la conducta delictiva, y la va a ejercitar, eventualmente, el Ministerio Fiscal junto con la acción penal. Es necesario para que la propuesta del fiscal se convierta en resolución definitiva, la aceptación por el investigado tanto de la acción penal como de la civil, en su caso, en caso contrario, el proceso por aceptación de decreto no se puede llevar a cabo y se enjuiciará el hecho en el procedimiento que corresponda legalmente.

IV. PROCEDIMIENTO.

1. Iniciación: el decreto de propuesta de imposición de pena:

[4] MONTERO AROCA, J y otros., Derecho Jurisdiccional II, Proceso Penal, Tirant Lo Blanch, octubre 2015, Valencia, p. 568.

El Ministerio Fiscal, de oficio y siempre que considere que el hecho presenta los caracteres de delito, el investigado es su autor y procede la imposición de la pena correspondiente, formulará un decreto de propuesta de imposición de penal *(*artículo 803 bis c) LECrim.). Una vez concurren los requisitos y presupuestos mencionados en el epígrafe anterior, el Ministerio Fiscal podrá (este proceso por aceptación de decreto queda absolutamente condicionado a la decisión del Ministerio Fiscal. Solo si el Fiscal considera que es la vía adecuada y así lo exterioriza a través del decreto, será posible su tramitación por esta vía[5]) emitir el decreto de propuesta de imposición de pena que, necesariamente, deberá contener:

a) Identificación del investigado, a quién se imputan los hechos y a quién se propone imponer las penas antes expuestas.

b) Descripción del hecho punible que se imputa al encausado.

c) Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente.

d) Breve exposición de los motivos por los que se entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida.

e) Penas propuestas. A los efectos de este procedimiento, el Ministerio Fiscal podrá proponer la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en u tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

f) Peticiones de restitución e indemnización en su caso.

El precitado decreto de propuesta de imposición de pena dictado por el Ministerio Fiscal se remitirá al Juzgado de Instrucción, que es el órgano competente para su autorización o rechazo, y en su caso, notificación al encausado. (Artículo 803 bis d) LECrim.).

2. Auto de autorización:

La autorización judicial va a depender del cumplimiento de los requisitos establecidos para la utilización del proceso por aceptación de decreto del artículo 803 bis a). Si el juez de instrucción deniega la autorización, el decreto quedará sin efecto, lo

[5] MONTERO AROCA, J y otros., Derecho Jurisdiccional II, Proceso Penal, Tirant Lo Blanch, octubre 2015, Valencia, p. 570.

que supone que el Ministerio Fiscal no quedará vinculado por su contenido, continuando la causa por el procedimiento que corresponda[6].

Como vemos, el Juez de Instrucción se convierte en un Juez que vela por el cumplimiento de los requisitos legales, limitándose a refrendar la actuación del Ministerio Fiscal. En un primer momento, el Juez verificará el contenido del decreto y comprobará si se cumplen los requisitos que delimitan el ámbito de este proceso, dictando auto de autorización. Precisamente, por tratarse de una actuación judicial de autorización, habrá que entender que la motivación del auto deberá centrarse en la determinación de si, a la vista de los diferentes presupuesto de hecho, prueba existente, fundamentos de derecho y propuesta de penas y de responsabilidad civil que debe tener el contenido del decreto, especificados en el artículo 803 bis c), se ajusta la propuesta a las exigencias de aplicación que establece la Ley[7].

La Ley no prevé la posibilidad de recurso contra el Auto que deniegue la autorización. Autorizado el decreto, se notificará a la persona a la que se le imputa el hecho y se le citará a comparecencia.

3. Notificación, citación y comparecencia:

Viene regulado en el artículo 803 bis f) LECrim. Dictado el auto de autorización del decreto por el Juzgado de Instrucción, se notificará junto con el decreto del Ministerio Fiscal al encausado, citando a este para que comparezca ante el Tribunal en la fecha y día que se señale.

En la notificación al encausado se le informará de una serie de extremos:

a) Finalidad de la comparecencia. La realización de la comparecencia es un acto necesario. Su finalidad es la de dar cumplimiento al principio de contradicción entendido como manifestación del derecho de defensa (se oirá al encausado a fin de saber si acepta o rechaza la propuesta de sanción del Ministerio Fiscal). La comparecencia se registrará por medios audiovisuales, documentándose conforme a las reglas generales en caso de imposibilidad material (Artículo 803 bis h) 4).

[6] MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, Madrid, p. 86.

[7] NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., Encuesta Jurídica: En el nuevo proceso por aceptación de decreto de los arts. 803 bis a) y siguientes LECrim: a) ¿La iniciativa ha de partir necesariamente del Ministerio Fiscal?, Revista Jurídica Sepin, Junio 2016, Madrid, p. 9.

b) Preceptiva asistencia de letrado para su celebración. La asistencia de letrado, ya sea particular o de oficio, es preceptiva en todo caso y a partir del momento en que el Juez dicte el Auto autorizando el decreto del Fiscal. En el caso de que el encausado acuda a la comparecencia sin Letrado, el Juez se verá obligado a suspender la comparecencia y señalar nueva fecha de celebración. Lo que pretende la Ley es que el encausado esté en todo momento informado del contenido de la acusación que pesa sobre él y, que la presencia del letrado en el acto de la comparecencia le asegure una asistencia jurídico-técnica del contenido de lo que se le informa y de las consecuencias que vayan a derivarse, en su caso, de su aceptación.

c) Efectos de la incomparecencia, o en caso de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto.

Como hemos podido observar, en este segundo momento, el control judicial de las actuaciones es íntegro. Recae sobre el Juez la responsabilidad de poner en conocimiento del encausado el contenido, objeto y alcance del decreto del Fiscal de propuesta de pena, así como de las consecuencias que pueda depararle la aceptación o no del mismo.

4. Conversión del Decreto en Sentencia condenatoria:

Si el decreto es aceptado por el encausado en todos sus términos, el Juzgado de Instrucción le dará el valor de una resolución judicial firme, que habrá de documentas. Esta resolución tendrá los plenos efectos de la cosa juzgada y frente a la misma no procederá recurso alguno (Artículo 803 bis i)).

La aceptación de la propuesta del Ministerio Fiscal por el encausado supone una manifestación de voluntad de aceptación de la propuesta de pena y en su caso, restitución y de indemnización que implica su conformidad con la acción ejercitada. En consecuencia, se dicta la Sentencia condenatoria que se convertirá en un título ejecutivo

Finalmente, en este tercer momento, el control judicial es íntegro, pues tiene que dictar la Sentencia condenatoria que se convertirá en firme. Sentencia que, en el plazo de tres días tendrá que documentar. La conversión del decreto en sentencia despliega el efecto de la cosa juzgada formal.

La ejecución de la sentencia corresponderá al Juzgado de Instrucción cuando se trate de delitos leves. En caso de que el delito sea menos grave, la ejecución

corresponderá al Juzgado de lo Penal o al Juzgado Central de lo Penal según prevén los artículos 89 bis 2 segundo y 89 bis 3 segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

V. CONCLUSIONES.

El proceso de aceptación por Decreto, fue propuesto por la Comisión Institucional para la elaboración del texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, importado del sistema penal francés, y supone una vía paralela a la actual conformidad en el juicio rápido regulada en su artículo 801 LECrim., tiene como objetivo dotar al procedimiento penal de mayor agilidad en su tramitación.

Como hemos visto a lo largo de la ponencia, la reforma ha querido dotar de protagonismo al Ministerio Fiscal, como algo previo a lo que desde hace varios años venimos oyendo pero que realmente no cuaja, a excepción de la jurisdicción de menores, que es el control y dirección de la instrucción del proceso penal por el Ministerio Público.

En cualquier caso, la práctica y el día a día nos irá indicando si es o no un procedimiento práctico y de verdadera utilidad. A día de hoy, y en el partido judicial en el que el que suscribe desempeña su trabajo como abogado (Teruel), no ha tenido conocimiento de la incoación de un solo procedimiento por aceptación de decreto. Consultado con los 3 magistrados de los Juzgados de Instrucción de Teruel capital y consultado con la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Teruel, informan que no se ha iniciado ninguno; lo mismo podemos decir de los Juzgados de Guadalajara. Ciertamente, es curioso, que en una ciudad como Teruel, tras más de un año y 6 meses de la entrada en vigor de la reforma y de la posibilidad de utilizar el proceso por aceptación de decreto, no se hay utilizado ni una sola vez. Seguiremos a la espera y valoraremos en su caso.

BIBLIOGRAFÍA

MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, Madrid.

MONTERO AROCA, J Y OTROS., Derecho Jurisdiccional II, Proceso Penal, Tirant Lo Blanch, octubre 2015, Valencia.

ASENSIO MELLADO, J.M., Derecho Procesal Penal, Tirant Lo Blanch, 2015, Valencia.

SÁNCHEZ MELGAR, J (Coordinador)/MAZA MARTÍN J.M (Coordinador)/DOLZ LAGO, M.J/FERNÁNDEZ APARICIO, J.M/LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A/NARVÁEZ RODRIGUEZ, A/RODRIGUEZ LAINZ, J.L./VILARRUBIA MARTOS, F.J., Encuesta Jurídica: En el nuevo proceso

por aceptación de decreto de los arts. 803 bis a) y siguientes LECrim: a) ¿La iniciativa ha de partir necesariamente del ministerio fiscal? b) ¿Cuál ha de ser el grado de control judicial de la puesta en marcha de tal proceso? c) ¿es posible la imposición por aceptación de una pena privativa de libertad o no es posible en ningún caso? d) ¿El encausado debe ir acompañado de abogado incluso aunque se trate de delito leve? Revista Jurídica Sepin, Junio 2016, Madrid.

GUIMERÁ FERRER-SAMA, R., Una nueva vía de conformidad con el Fiscal: El proceso por aceptación de decreto, Revista Jurídica Sepin, Diciembre 2015, Madrid.

* * * * * *

María Camacho Belmonte

Abogada en Camacho Belmonte Abogados, Águilas (Murcia). Socia FICP.

~Responsabilidad del asesor fiscal ante el blanqueo de capitales~

I. RESUMEN

En la actualidad, el legislador, involucra a determinadas personas, entre ellas, al asesor fiscal, un elenco de obligaciones, que vienen impuestas con la amenaza de un muy estricto régimen sancionador; extrapolando la obligación de investigación de la Administración responsable del servicio a la esfera de determinadas personas definidas por la Ley de Prevención de Blanqueo de capitales y prevención de financiación de terrorismo.

Así pues, lo que se establece a través de esta legislación es el traslado de la labor administrativa a particulares que se designan taxativamente en la misma; haciendo especial mención a las obligaciones tanto represivas como preventivas que ha de realizar el asesor fiscal; el cual, según dicha normativa, no debe guardar secreto profesional, salvo en el caso en que actúe de perito de parte en procedimiento penal o administrativo y ciñéndose estrictamente a la defensa de este procedimiento y salvo en el caso en que ejerciere la defensa jurídica del investigado por un presunto delito de blanqueo de capitales .

II. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ASESOR FISCAL.

Cuando se imponen las sanciones tributarias, se produce, en la mayoría de los casos, una vulneración del principio de presunción de inocencia del contribuyente porque su inclusión en unas diligencias inspectoras atribuyen arbitraria y automáticamente, al sujeto inspeccionado, una deuda media en función de los objetivos recaudatorio de las áreas de control tributario y porque la prueba incriminatoria del procedimiento de sanción se obtiene en los procedimientos previos de aplicación de los tributos [1]; pues el sujeto que está siendo objeto de comprobación debe, de acuerdo con

[1] Desde la Ley 1/1998 el procedimiento sancionador se tramita de forma separada al procedimiento de inspección, pero se trata de una mera formalidad (LGT 208.1), pues en palabras de José María Lago Montero ("Procedimiento sancionador separado del procedimiento de liquidación tributario: reflexiones sobre el derecho a no auto inculparse". *Impuestos*, nº 15-16/ 1999) la pretendida y tan anhelada separación entre el procedimiento inspector y el procedimiento sancionador resulta más artificial que real, ya que las pruebas del procedimiento sancionador –imputación del ilícito y prueba de la culpabilidad- se obtienen en el procedimiento de inspección (LGT 210.5).

García Berro [2], "soportar y aportar" prueba, cumpliendo el deber de colaboración con el procedimiento de Inspección Tributaria incoado; pues las Dependencias de Gestión e Inspección Tributaria asumen el control de las declaraciones tributarias (tras la obligatoriedad de la presentación telemática y abolición de cualquier tipo de presentación en papel de las declaraciones por el contribuyente) y sancionando cualquier tipo de incumplimiento tributario; tanto por obligaciones principales como por obligaciones accesorias y, ello, sin tener en cuenta el grado de negligencia en que hubiere, en su caso, incurrido el contribuyente. (Art. 183.1 LGT y 191 a 206 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

Evidenciamos, por tanto, el abuso de poder de la Hacienda Pública; pues además de imponer sanciones tributarias desproporcionadas, impone una carga fiscal difícil de atender por el contribuyente – el cual, la soporta directa o indirectamente-; pues lo supone un experto en derecho y como tal, debe tener conocimiento de derecho tributario.

III. RESPONSABILIDAD PREVENTIVA Y REPRESIVA DEL ASESOR FISCAL EN EL BLANQUEO DE CAPITALES

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, al conceptualizar el blanqueo de capitales, enumera los sujetos obligados en su artículo 2 .-"entidades financieras, promotoras, abogados, auditores, asesore fiscales, notarios, registradores….y los convierte en "guardianes" del sistema financiero con obligación de denunciar cualquier hecho u operación (incluyendo hechos ejecutados en grado de tentativa) indiciario o certero que pudiera constituir blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

Así pues, la responsabilidad del asesor fiscal por blanqueo de capitales posee doble vertiente: a) Preventiva –cuyo régimen jurídico se halla regulado en la Ley 10/2010 y en su Reglamento[3], aprobado por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo y b) Represiva.-cuyo régimen jurídico represivo se regula en los artículos 301 a 304 del CP en el Capítulo VIII de la Ley 10/2010, relativo al régimen sancionador administrativo.

[2] FLORIÁN GARCÍA BERRO. Derecho a no auto incriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial. Quincena Fiscal, nº 19/ 2010.

[3] Cfr. APARICIO DÍAZ, L.: Notas sobre el nuevo reglamento de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

1.- Régimen represivo: Artículos 301 a 304 del CP.-

El blanqueo es un delito joven, pero, desgraciadamente, de mucha repercusión social dados los innumerables delitos de blanqueo acontecidos en la actualidad. Así pues, fue introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo y se trata de un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona [4], motivo por el que si fuere cometido por un asesor fiscal, no se requeriría ningún estudio especial; por tanto puede ser sujeto activo, como hemos apuntado, cualquier persona que por dolo o imprudencia grave lo cometiere y, además, las disposiciones del capítulo XIV, de acuerdo con el art. 300 CP "*se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena* "y el art.301.1 CP.-**"** *El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona*, 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años".*

En definitiva, el art. 301.1 reseña que el delito de blanqueo puede cometeré por la persona que comete hechos de blanqueo directamente y, también por tercera persona; todo ello, en consonancia con el art. 1.2 de la Ley 10/2010 expuesta; la cual, establece: "*existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean cometidas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes",* artículo que, sin duda, tiene su fundamento en el bien jurídico que se protege y que, con acierto describe el art. 1.1 de la Ley 10/2010, cuando reseña que la Ley tienen por objeto proteger la integridad del sistema financiero

[4] Este delito puede ser cometido por cualquier ciudadano en la medida en que actúe con falta de cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido y, por tanto, todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo" (STS 2ª, 09.11.2012, recurso 13/2012).

y de otros sectores de actividad económica por medio de la imposición de obligaciones tendentes a prevenir el blanqueo de capitales la financiación del terrorismo; pues, como asevera Rodríguez Ramos [5]al proteger nuestro ordenamiento jurídico penal, bienes de índole colectiva y de procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico, podríamos determinar que existe un bien jurídico inmediato o intermedio y otro mediato o final; pues protegemos directamente la integridad del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, pero, también , indirectamente, se está protegiendo a todo el sistema económico, unitaria y conjuntamente entendido

Hemos de apuntar, en cambio, que pese a que el blanqueo de capitales contiene un tipo muy amplio, la jurisprudencia tiende a restringir el tipo mediante la exigencia de que la conducta que integra el tipo delictivo tiene que poseer la finalidad de ocultar o encubrir viene o de ayudar al responsable de la acción delictiva de la que proceden. Por tanto, conllevaría una prueba del dolo, no entrañando, la misma, dificultad alguna; pues el conocimiento del autor sobre la conexión entre el delito precedente los bienes que blanquea, conlleva a integrar el requisito exigido del dolo; como así señala la STS, Sala 2ª , de 13 de febrero de 2014, número de recurso 1729/2013).

Así pues, el artículo 301.2 CP recoge literalmente.-" *Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos".* Tipificando, pues, la llamada "receptación del blanqueo", pues la conducta no recae sobre los bienes que proceden del delito previo y sí sobre los bienes que ya fueron objeto de algunos de los actos de blanqueo descritos en el apartado 1º del mimo artículo; requiriéndose, por tanto, una transformación de tales bienes, cuya actuación podríamos denominar "blanqueo de blanqueo "y, que ,por supuesto, tipificamos", tal y como se refleja en la STS , Sala 2ª, de 1 de abril de 2014, recurso 1694/2013, donde se expresa que, ante una secuencia de operaciones con una misma finalidad –incorporar al mercado financiero fondos de origen delictivo- y con un mismo objetivo, nos hallamos con el llamado "blanqueo de lo ya blanqueado", siendo relevante penalmente todos los acto y negocios jurídicos que se

[5] LUIS RODRÍGUEZ RAMOS. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Editorial Dykinson. Madrid 2006, p. 107.

hubiesen realizado con dicha finalidad; pues encubrir el origen ilícito de dichos fondos; es, evidentemente, relevante.

De ahí que la conspiración, proposición y provocación para cometer el delito de blanqueo esté expresamente tipificado en el art. 304 del CP.

Y, para mayor abundamiento, el artículo 303 CP establece que.-"*Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario,* ***intermediario en el sector financiero****, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma."*

2.- Elemento subjetivo del tipo: El dolo y la imprudencia grave exigidos para la comisión del delito de blanqueo de capitales.

Efectivamente, el delito de blanqueo de capitales se puede cometer o bien, por dolo o bien, por imprudencia grave; aunque, como afirmábamos, para que la conducta se repute dolosa, se requiere conocer el origen delictivo[6] de los bienes; elemento que actúa como presupuesto de la responsabilidad penal y que, en aras del respeto a la presunción de inocencia, ha de ser expresamente probado en el correspondiente proceso.

Así pues, el dolo, como expresión máxima de la culpabilidad; ya que el sujeto conoce que la conducta está penada y, pese a ello, resuelve realizarla, mediando , por tanto, conciencia y voluntad del sujeto activo en la realización del tipo objetivo y concurriendo, consecuentemente, en dicho sujeto el elemento cognitivo y volitivo, que, a continuación , analizaremos:

a) Elemento intelectual en el delito de blanqueo de capitales.- Se requiere que el sujeto activo, además de conocer el origen delictivo de los bienes, persiga y realice la ocultación o encubrimiento de los mismos; pues si se acredita un error de tipo; es decir, que el sujeto no conocía la antijuridicidad de su conducta por no conocer el origen

[6] Hay que distinguir entre actividad delictiva y actividad ilícita, la primera, es delito antecedente del delito de blanqueo, la segunda, la actividad ilícita no es antecedente de dicho delito, por ejemplo, el dinero negro obtenido con el fraude fiscal no es antecedente del delito de blanqueo de capitales, pero si el fraude supera 120.000 euros –el negro se transforma en sucio-, el dinero sucio generado con el delito contra la Hacienda pública sí es delito antecedente del de blanqueo.

concreto del dinero o un error de prohibición si el acusado no sabía que ocultar y encubrir el dinero que procedía de actividad delictiva y convertirlo después en dinero aparentemente lícito, no constituiría una conducta que estuviese penalmente prohibida.

b) Elemento volitivo.-Se ha de querer la realización de los elementos objetivos que conforman el tipo penal y cabe tanto dolo directo- en el que el autor quiere realizar el resultado o lo admite como necesariamente unido al resultado- como el dolo eventual – el resultado se le representa como probable y, aunque no desea su producción, lo produce o acepta el riesgo que lleva anexionado sus conducta. Distinguiéndose, por tanto, esta figura del dolo eventual de la imprudencia; pues, en la imprudencia, al representarse el resultado como de producción segura, hubiera dejado de actuar el sujeto activo.[7]

Aun así, precisar que, en cuanto al dolo eventual se refiere, la STS, Sala 2ª, de 6-2-2014, reseña que si se prueba que el sujeto activo decide llevar a cabo la conducta, pese a tener claras y contundentes sospechas de que en el hecho se dan los elementos manifestados en el tipo objetivo y además muestra indiferencia respecto a estos, no podrá aducir error o ignorancia relevantes para excluir el dolo, de acuerdo con el artículo 14.1 CP.

Cabe hacer especial referencia a la "imprudencia grave", pues el Tribunal Supremo, en la STS de 19 de Diciembre de 2013, número de recurso 854/2013, ha declarado que el blanqueo por imprudencia presenta numerosas dificultades dogmáticas, pues estamos ante un delito esencialmente doloso que, además conlleva el conocimiento del origen ilícito de los bines y la intención de cooperar con su ocultación o transformación y porque la distinción entre culpa grave –punible- y leve –no punible- es ambigua e inespecífica. No obstante, se exige una imprudencia grave; temerario: el sujeto no tiene porqué conocer el origen de los bienes, sino que debido a las circunstancias concretas, esté en condiciones de conocerlas mediante la aplicación de las cautelas propias de su actividad , habiendo actuando, pese a ello, al margen de dichas cautelas o sin observar el deber de cuidado que se le exigía o le era exigido legalmente la averiguación del origen de dicho bienes y no se abstuvo de operar sobre dichos bienes cuando su origen no estuviese claramente establecido; aportando, por tanto, un beneficio a los autores del delito que obtuvieron dichos viene con su conducta

[7] En ocasiones, el Tribunal Supremo (STS 2ª, 27.12.2004, recurso 307/2004) apela al principio de indiferencia para constatar el dolo eventual, como figura muy próxima a la ignorancia deliberada.

colaboradora. Nos referimos a lo que se ha denominado: "ignorancia deliberada", que tiene su base en alguno precedentes de la Sala 2ª mencionada, pues se considera el criterio para acreditar que el sujeto activo actuó conociendo los elementos objetivos del tipo (elemento cognitivo del dolo). La Doctrina criticó esta postura porque entendió que era un reflejo del willful blindness [8] acuñado en el derecho de Norte América y no se estimó coherente con los requisito que establece el principio de culpabilidad, de rango constitucional, tal y como ha expuesto el propio Tribunal Constitucional.

Así pues, cabe realizar una breve mención a la ausencia de culpa como causa de absolución del delito de blanqueo de capitales, mediante determinadas resoluciones del Tribunal Supremo muy clarificadora en este caso; tal cual es la sentencia de 25 de Septiembre de 2014, recurso 2345/2013.- La Sala 2ª del TS viene exigiendo para calificar una conducta "imprudente" la infracción de un deber de cuidado enmarcándolo dentro de la actividad que se hubiere desarrollado por el sujeto activo y tras examinar la conducta del mismo y valorar la operación enjuiciada, en consonancia con el escaso nivel cultural del acusado, resolvió que la conducta no era subsumible en el tipo legal del blanqueo de capitales; pues desde la representación de las circunstancias del caso era imposible pediré otra conducta distinta a la realizada. Por ello, el sujeto quedó absuelto.

IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ASESOR FISCAL[9] POR BLANQUEO DE CAPITALES.

Existe una obligación[10] genérica, impuesta a todos los asesores fiscales por el artículo 2 de la Ley 10/2010[11] a determinados sujetos obligado a prevenir el blanqueo de capitales, colaborando con el Servicio Ejecutivo de la Comisión y entre ellos, se encuentra el asesor fiscal[12], diferenciando entre las obligaciones que afectan a todos los

[8] La ceguera voluntaria se ha traducido por "ignorancia deliberada", cuyo postulado teórico afirma: "Quien no quiere saber, aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna, y debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar" (STS 2ª, 03.07.2012, recurso 2185/2011).

[9] MARTIN FERNÁNDEZ, J.: Responsabilidad del profesional tributario como asesor del contribuyente. Revista técnicos tributarios, nº 23. Diciembre-2005. Madrid

[10] BARRACHINA JUAN, E.: Obligaciones para el asesor fiscal impuestas por la nueva Ley de Blanqueo de capitales (I).

[11] La Ley 10/2010 traspone la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto, ambas derogadas por la Directiva 2015/849, ya citada, con efecto a partir del 26 de junio de 2017.

[12] La redacción primitiva de la derogada Ley 19/1993 no los incluyó, situación que modificó la Ley 19/2003 y que se mantiene en la actualidad.

asesores fiscales y las que afectan sólo a aquellos que poseen un volumen importante de negocios.

Previamente, hemos de reseñar que el asesor fiscal no tiene el deber de guardar secreto profesional, salvo si interviniesen como peritos a instancia de parte en procedimiento penal o administrativo , aunque en este caso el secreto se ciñe rígidamente al derecho a la defensa del investigado o del denunciado y, en caso de que el asesor fiscal fuere abogado[13] en ejercicio y llevare la defensa de su cliente, estará obligado a mantener en secreto toda la información recibida por parte de su cliente para el proceso, antes, durante y después del proceso; de acuerdo con el art. 23 de la Ley 10/2010.

1.- Obligaciones genéricas de prevención, que deben observar todos los asesores fiscales:

a) Identificación a cliente: Formalmente (con D.N.I en caso de personas físicas y con Certificación del Registro Mercantil sin son personas jurídicas) e identificación real (en caso de personas físicas –aquellas personas-s que por su cuenta inicien una relación de negocios o intervengan en las operaciones- y en caso de personas jurídicas – si son sociedades cotizadas o no, o ejerzan control directo o indirecto en la gestión de una persona jurídica-).

b) Deben recabar información del propósito de índole de la relación de negocios.

c) Han de realizar un seguimiento de la relación de negocios, de forma continuada.

d) Medidas simplificadas de diligencia debida, que deben ser congruente con el riego.

e) Medidas reforzadas de diligencia debida reguladas en el art. 29 del Decreto 304/2014.

f) Obligación de comunicación recogida en el art 17 y referidas a un examen especial de operaciones sospechosas, que por su naturaleza pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

[13] CABEZUELA SANCHO, D.: El secreto profesional de los abogados y el blanqueo de capitales. Diario Jurídico Sección De opinión 12 de marzo de 2012. Madrid

g) Comunicación mensual al Servicio Ejecutivo de la Comisión las Operaciones detalladas el art 27 a) a g) del RD 304/2014.

h) Deber de colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión, a requerimiento de éste, de acuerdo con el art. 21.1 de la Ley 10/2010.

I) Prohibición de revelación al cliente ni a terceros que se ha comunicado información al Servicio Ejecutivo de la Comisión.

j) Conservación de los documentos obtenidos, aplicando la diligencia debida.

2.- Obligaciones de los asesores fiscales que tienen un importante volumen de negocio., definidos por el art 31 del RD 304/2014 como los asesore fiscales que ocupen a 10 o más personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual superen los 2 millones de euros. Estos, además de las obligaciones genéricas referenciadas, deben cumplir, además, las siguientes obligaciones:

a) Procedimientos de control interno. Aprobaran por escrito y aplicarán políticas y procedimientos eficientes en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (LBC 26.1).

b) Analizaran el riesgo: aprobarán, igualmente, por escrito y aplicarán, habiendo analizado previamente el riesgo, una política expresa de admisión de clientes (LBC 26.1).

c) Manual de prevención.- Todos los procedimientos de control interno aplicados por los asesore deberán documentarse en un manual de prevención de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo.

d) Deben designar un representante para actuar ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión, que ejercerá el cargo de administración o dirección de la sociedad. (Art. 26.2 LBC).

e) Deben designar un órgano de control interno que asuma la responsabilidad de la aplicación de los procedimientos de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en caso de que ocupen a más de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o balance general anual sea superior a los 10 millones de euros. (RBC 35.2)

f) Las medidas de control interno serán examinadas anualmente por un experto externo, que describirán y valorarán las medidas de control interno. (LBC 28.1)

g) Deben aprobar un plan anual de formación de sus empleados en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. (RBC 39.1).

V. CONCLUSIÓN.

Hemos de plantearnos si la normativa vigente en la prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo puede cumplir su finalidad en los tiempos en los que, a diario se suceden los casos de blanqueo de capitales; sobre todo, operados por políticos sin espíritu ni vocación de servicio a la sociedad y si, estos políticos, a golpe del Real Decreto, van a dictar disposiciones normativas con rango de Ley que permita blanquear dinero , previo canon correspondiente en una regularización fiscal tardía y sin ninguna otra consecuencia. Y, en suma, cabe pensar si estamos ante tres poderes perfectamente individualizados y, en consecuencia, podríamos aplicar tan exhaustiva y magnífica regulación o si por el contrario, existe sólo uno y no la podremos aplicar nunca o, en el mejor de los casos, la podremos aplicar de una forma muy sesgada y dirigida sólo a determinados sujetos activos, no definidos en ningún precepto normativo, pero sí en la mente de aquellos que operan como si hoy día la sociedad aún estuviera dividida en estamentos.

Si entendemos, por dar unos conceptos elementales, que el dinero blanco es el que el ciudadano obtiene de forma legal (por su trabajo, rentas patrimoniales o cualquier prestación de servicios), que el dinero negro es el obtenido mediante el fraude a la Hacienda pública y que el dinero sucio tiene su origen en una actividad delictiva, habríamos de formularnos las siguientes preguntas:

1.- ¿Puede el sujeto activo pagar las actas de inspección con dinero sucio (que tiene su origen en una actividad delictiva)?. La respuesta, debería ser que no, precisamente porque el origen del dinero es delictivo y se incurriría en un delito de blanqueo de capitales.

2.- ¿Se podría satisfacer con dinero sucio la responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública? El artículo 305.7 del Código Penal identifica la responsabilidad civil con el importe de la deuda tributaria, incluyendo los intereses de demora y en consecuencia, se "debe" pagar dicha responsabilidad civil con dinero sucio, quedando, por tanto, !blanqueado el resto de base liquidable!.

3.- ¿Se pueden pagar las Actas de inspección con dinero negro? La respuesta es ambigua: Pues si la Administración regulariza las ventas ocultas, la cuota del acta se pagaría con ese dinero negro (de origen, recordemos: el fraude a la Hacienda pública), que ahora lo habría blanqueado con su brocha la Inspección de Tributos; mas, si la Inspección elimina gastos o deducciones, el pago del Acta con dinero negro supondría un incremento injustificado de patrimonio.

Consecuentemente, estamos, una vez más, ante supuestos de blanqueo de dinero sucio y negro por parte del Estado; actuaciones, cuando menos, reprochables desde el punto de vista ético.

* * * * * *

Javier del Corte López
Asociado senior, Garrigues. Socio FICP.

~Comentario a la STS (Sala 2ª) núm. 865/2015, de 14 de enero de 2016, sobre la responsabilidad civil derivada del delito en el "caso Prestige"~

I. INTRODUCCIÓN

El 14 de enero de 2016 la Sala Segunda del Tribunal supremo dictó la sentencia número 865/2015[1], de la que fue ponente Dña. Ana María Ferrer García, en lo que comúnmente se ha venido denominar el «caso Prestige».

La Sentencia resolvía una multitud de recursos de casación interpuestos frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 13 de noviembre de 2013[2], que condenaba al Capitán D. Apostolos Mangouras por un delito de desobediencia a la autoridad, pero absolvía al mismo y al entonces Director General de la Marina Mercante de los delitos contra el medioambiente y de daños en espacios naturales protegidos, así como al Jefe de Máquinas D. Nikolaos Argyropoulos de un delito de desobediencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2016 estimó parcialmente los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal, la Administración General del Estado, la Xunta de Galicia y el Estado Francés, entre otros, condenando al Capitán del buque como autor de un delito imprudente contra el medioambiente (en su modalidad agravada de deterioro catastrófico), y absolviéndole del delito de desobediencia por el que había resultado condenado.

El hundimiento del buque "Prestige" resulta un caso extraordinario por varios motivos.

En primer lugar, por obvios motivos no jurídicos: La derrota del buque tras la producción de la vía de agua y hasta el posterior hundimiento fue retransmitida prácticamente en directo por los medios de comunicación, generando enorme expectación no solo en torno al accidente sino a la gestión de la crisis. Asimismo, el posterior derrame de fuelóleo produjo la mayor contaminación por hidrocarburos en la historia reciente española, lo que generó un movimiento ciudadano sin precedentes

[1] CENDOJ 28079120012016100001.
[2] CENDOJ 15030370012013100477.

centrado no solo en ayudar a la recuperación de los ecosistemas afectados sino también en la exigencia de responsabilidades[3].

Del mismo modo, existen motivos jurídicos para considerarlo extraordinario: La inmediata detención del capitán del buque nada más aterrizar el helicóptero que le rescató[4], su estancia en prisión provisional por período de 121 días pese a su avanzada edad y las circunstancias del caso[5], la fijación de una fianza de 3 millones de euros para eludir la prisión provisional[6] y la constatación de que la valoración de los daños y perjuicios ocasionados superaban con mucho los dos escalones de respuesta que la legislación internacional preveía hasta el momento para dar respuesta a este tipo de siniestros[7], son solo algunos de ellos.

[3] Existe en las hemerotecas abundante información periodística sobre lo ocurrido en aquellos días, así como ingente material de análisis del siniestro desde todos los puntos de vista (político, social, ecológico, económico…).

La enorme cantidad de noticias y la forma de presentar la actuación del Capitán han dado lugar incluso a tesis doctorales sobre el tratamiento periodístico de la figura del Capitán. Cfr. Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), SÁNCHEZ-BEASKOETXEA GÓMEZ, J., La imagen de los capitanes de la marina mercante en la prensa española. Un análisis de la información en los casos de naufragios de buques petroleros entre 1976 y 2007 en seis periódicos generalistas, ISBN: 978-84-9860-923-3, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), Leioa 1993.

[4] En efecto, la detención del Capitán del buque se produjo en el propio aeropuerto de Alvedro (A Coruña) al descender del helicóptero de Salvamento Marítimo en el que fue rescatado antes del hundimiento del buque, que no abandonó hasta que el mismo resultó inminente y habiendo desplegado una conducta profesional que la propia sentencia de Instancia no duda en elogiar en algunos momentos.

[5] El Capitán D. Apostolos Mangouras contaba con 67 años en el momento de su detención. Los hechos y, en particular, la decisión de las autoridades de alejar el buque de la costa pese a su reiterada solicitud de entrar a un puerto de refugio, fueron objeto de amplio debate desde el punto de vista técnico discutiéndose por algunos sectores la posible relación de dicha decisión con el hundimiento final del buque.

La medida de prisión provisional fue muy criticada por la industria naviera y las asociaciones profesionales de Capitanes de la marina mercante, dando lugar a multitud de comunicados de condena, por todos, basta la nota de prensa publicada el 29 de enero de 2016 por la Asociación Intertanko (que aglutina a los principales armadores y fletadores de buques tanque a nivel internacional) al conocerse la sentencia ahora comentada *"Captain Mangouras scapegoated again"* (El Capitán Mangouras cabeza de turco otra vez) disponible en su Web https://www.intertanko.com

[6] El TEDH confirmó la legalidad de la fianza impuesta en su Sentencia de la Gran Sala de 28 de septiembre de 2010 (Demanda nº 12050/04). Un comentario a las sentencias "ambientalistas" del TEDH puede verse en VERDÚ BAEZA, J., Revista de Derecho Comunitario Europeo. ISSN 1138-4026, núm. 39, Madrid, mayo/agosto (2011), pp. 503-521.

[7] Esencialmente el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, hecho en Bruselas el día 29 de noviembre de 1992 y sus posteriores Protocolos (al que en lo sucesivo nos referiremos por sus siglas en inglés CLC) y el Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1992 (al que nos referiremos como Convenio del Fondo de 1992). Los protocolos de 1992, vigentes al momento del siniestro, se publicaron en el BOE núm. 150, de 23 de junio de 2001, páginas 22418 a 22419.

A raíz de la insuficiencia de los límites previstos en dichos convenios para indemnizar los daños realmente ocasionados por la contaminación marítima procedente del Prestige se aprobó el Protocolo de 2003 relativo al Convenio del Fondo de 1992 (Publicado en el BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2005,

Multitud de artículos, reseñas y libros se han escrito sobre todas estas cuestiones. Sin embargo, el objetivo de esta comunicación no es ninguna de las anteriores sino otra cuestión bien distinta: el análisis de cómo se ha conjugado el derecho a la limitación de responsabilidad del propietario del buque siniestrado, reconocido en nuestra legislación, con la fijación de la responsabilidad civil nacida del delito en la referida Sentencia.

II. EL DERECHO A LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. Derecho a la limitación de responsabilidad en el Derecho Marítimo:

El derecho a la limitación de responsabilidad constituye una *rara avis* en nuestro ordenamiento jurídico pero, al mismo tiempo, se trata de una institución de larga tradición y bien asentada en el ámbito del Derecho marítimo[8] que además se ha extendido a la legislación rectora de otros medios de transporte como el aéreo o el terrestre.

Esta institución, que no puede entenderse sin acudir al momento socioeconómico en el que nació[9], supone una excepción al principio general de íntegra reparación del daño causado que se ha mantenido hasta nuestros días pese a la natural reticencia de perjudicados y jueces a su aplicación[10].

Sin embargo, y prescindiendo por razones de extensión de los múltiples antecedentes de dicha institución en nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho comparado, resulta innegable que, en la actualidad, la limitación de responsabilidad encuentra reflejo y justificación en nuestro Derecho positivo en diferentes normas especiales.

---

páginas 3629 a 3635) y diferente legislación comunitaria en la materia embrión del posterior Fondo Complementario, vigente desde 2005 para algunos Estados, entre ellos España.

[8] Una amplia cita doctrinal puede verse en GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. La limitación de responsabilidad civil del naviero, Servicio central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1996, página 19.

[9] Una breve pero completa e ilustrativa referencia para entender el "ambiente" socioeconómico en el que nació la limitación de responsabilidad puede encontrarse en RUIZ SOROA, J. M., La responsabilidad por daños y su limitación en el Derecho marítimo, pp. 23-29, en EIZAGUIRRE, J. M., (Coord.), VI Jornadas de derecho Marítimo de San Sebastián, pp. 5-29, Donostia-San Sebastián 1998, Servicio central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1999

[10] No es este, por motivos de extensión, el lugar para entrar a analizar las razones de la pervivencia de la institución de la limitación de responsabilidad del naviero. Sobre la crisis de esta institución cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., La Limitación de la responsabilidad civil del naviero, por reclamaciones marítimas, pp. 55-63, en VI Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Donostia-San Sebastián 1998, EIZAGUIRRE, J. M. (Coord.), pp. 31-173., Servicio central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1999.

Un interesante análisis puede verse también en MUSTILL, Ships are different – or are they?, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 4, 1993.

a) La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima[11]:

El Título VII de la LNM se refiere específicamente a la limitación de responsabilidad del naviero, en relación con la cual el legislador español ha optado por seguir el régimen del Convenio Internacional sobre la Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo de Londres de 19 de noviembre de 1976, en su forma enmendada por el Protocolo de 1996[12].

Tal y como refiere su Exposición de Motivos, el referido Título VII de la LNM *"simplifica los regímenes anteriores –internos e internacionales– bastante más confusos"* siguiendo el sistema del citado Convenio, que opta por un esquema tarifario (de más sencilla aplicación), derogando los diversos regímenes contemplados en el Libro III del Código de Comercio.

En resumen, la LNM introduce en nuestro ordenamiento el sistema del convenio de 1976 y su Protocolo de 1996, reconociendo que la limitación de *responsabilidad "es un derecho invocable en cualquier procedimiento"* y regulando el mismo a lo largo de cuatro capítulos[13] en los que determina frente a qué reclamaciones puede válidamente oponerse la limitación de responsabilidad[14], los importes máximos indemnizatorios[15], y la forma en que debe ejercitarse el derecho a limitar[16].

[11] La ley 14/2014, en adelante LNM, publicada en el BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014, páginas 59193 a 59311, no se encontraba vigente en el momento de los hechos, pero en esta materia en concreto se limita –esencialmente- a la remisión a los Convenios internacionales que entonces ya se encontraban vigentes en la materia.

[12] El Instrumento de Adhesión de España al Protocolo de Londres de 2 de mayo de 1996, que enmienda el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo de 1976, se publicó en el BOE núm. 50, de 28 de febrero de 2005, páginas 7177 a 7183. La versión original del Convenio se publicó en el BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1986, páginas 42175 a 42180.

[13] No tendrán derecho a la limitación, en cambio, los denominados «artefactos navales» y las «plataformas fijas». Sobre la regulación de la limitación de responsabilidad en la nueva LNM Cfr. MARTIN OSANTE, J. M. La limitación de responsabilidad, en EMPARAZA SOBEJANO, A./MARTÍN OSANTE, J. M. (Dirs.), Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima, Marcial Pons, Madrid 2015, pp. 595-626.

En el mismo sentido, ALBORS, E., La limitación de responsabilidad en la Ley de Navegación Marítima, en Asociación Española de Derecho Marítimo, Comentarios a la Ley de Navegación Marítima, Dykinson, Madrid 2015, pp. 357-376.

[14] Capítulo II "Créditos limitables". El Convenio establece un sistema "objetivo" de forma que solo es posible limitarse la responsabilidad ante unas concretas reclamaciones o créditos determinados en el mismo.

[15] Capítulo III "De las sumas máximas de indemnización".

[16] Capítulo IV "Del fondo de limitación". Nótese que este Capítulo debe interpretarse junto con el Capítulo IV, "Del procedimiento para limitar la responsabilidad por créditos marítimos", del Título IX de la LNM, que regula las especialidades procesales de la Ley. El capítulo en cuestión regula el –hasta ahora- espinoso tema de la constitución y liquidación de dicho fondo de limitación de responsabilidad.

Sin embargo, lo más relevante, a nuestros efectos, se contiene en las denominadas "Disposiciones Generales", puesto que en ellas se establece:

- Que **la limitación de responsabilidad es un derecho** de quien resulte titular de conformidad con el ya mencionado Convenio (Artículo 392 LNM).
- Que dicho régimen **opera con independencia de que la responsabilidad se exija en un procedimiento judicial de naturaleza penal**, civil, o administrativo (Artículo 392 LNM).
- Que todo lo regulado en dicho título se entiende **sin perjuicio de los derechos de limitación específicos que puedan resultar de aplicación** (artículo 395 LNM).

Adicionalmente, no puede perderse de vista que la LNM contiene numerosas normas extramuros del Título VII que regulan el derecho a la limitación de responsabilidad en el marco de las múltiples relaciones jurídicas vinculadas a la navegación, y así, por ejemplo, se prevé el derecho a la limitación de responsabilidad:

- Del porteador marítimo, tanto por pérdida daño o retraso de la carga (artículos 282 y 283 LNM[17]) en el ejercicio de un contrato de fletamento (transporte de mercancías) en régimen de conocimiento de embarque, como en el ejercicio de un contrato de pasaje (Artículo 299 LNM [18)].
- Del armador y el práctico, en la ejecución del contrato de practicaje (Artículo 328 LNM[19]).
- Del armador demandado por abordaje, en casos de culpa compartida, que podrá oponer válidamente frente a terceros las excepciones que correspondan al otro armador, especialmente aquellas que deriven de la relación contractual existente entre ellos y la limitación de responsabilidad genérica (artículo 343 LNM)[20].

[17] Título IV "De los contratos de utilización del buque", Capítulo II "Del contrato de fletamento", Sección 9ª "De la responsabilidad del porteador por pérdida, daños o retraso". En esencia la responsabilidad, y también el derecho a limitar la misma, se regula por remisión al Convenio para Unificación de Ciertas reglas en Materia de Conocimientos de Embarque de Bruselas de 1924 y su protocolo posteriormente ratificado por España en 1976, conocidos popularmente como Reglas de La Haya-Visby.

[18] Título IV "De los contratos de utilización del buque", Capítulo III "Del contrato de pasaje". De nuevo se regula la responsabilidad (y el derecho a limitar la misma) acudiendo a la técnica legislativa de la remisión a un texto internacional, en este caso, al Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974, hecho en Londres el 1 de noviembre de 2002.

[19] Título V "De los contratos auxiliares de la navegación", Capítulo III "Del contrato de practicaje".

[20] Título VI "De los accidentes de la navegación", Capítulo I, "Del abordaje".

- Del propietario del buque en los casos de contaminación, **al preverse la aplicación preferente de los convenios internacionales de los que España es parte** (Artículo 191 LNM) puesto que los existentes en la materia prevén límites a la responsabilidad. Asimismo, el artículo 388 LNM permite aplicar la limitación de responsabilidad prevista en el Título VII de la ley, en todo caso, a la responsabilidad civil por contaminación así regulada[21].

b) Los convenios internacionales:

España es parte de diversas convenciones internacionales que prevén expresamente el derecho del naviero (en sentido amplio) a la limitación de su responsabilidad por diversas reclamaciones de Derecho marítimo.

Tal y como se deduce de la lectura del epígrafe anterior, a la hora de promulgar la LNM nuestro legislador usó la técnica legislativa de remisión a las normas internacionales vigentes en las diversas áreas o materias, lo que justifica que en la presente comunicación hayamos analizado las normas aplicables en sentido inverso a su jerarquía normativa, pues al haber analizado en primer lugar la LNM ya se han mencionado la mayoría de los tratados de los que España es parte.

Sin embargo, su ordenación sistemática nos permitiría distinguir, en esencia, dos grupos:

- Los convenios en los que se regula la limitación de responsabilidad en el ámbito específico de la ejecución de un relación contractual: Las Reglas de la Haya-Visby[22] y el Convenio de Atenas[23] entre otros.
- Los convenios en los que se regula la limitación de responsabilidad genérica y que resultan oponibles frente a las reclamaciones de terceros (responsabilidad civil extracontractual[24]): En esencia, el Convenio Internacional sobre la Limitación de

[21] Título VI "De los accidentes de la navegación", Capítulo V "De la responsabilidad civil por contaminación".

[22] El Instrumento de Ratificación de 16 de noviembre de 1981, del Protocolo de 21 de diciembre de 1979, que modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 de agosto de 1924 se publicó en la «Gaceta de Madrid» de 31 de julio de 1930, enmendado por el Protocolo de 23 de febrero de 1968.

[23] El Instrumento de Ratificación del Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar de 1974, hecho en Londres el 1 de noviembre de 2002 se publicó en el «BOE» núm. 218, de 11 de septiembre de 2015, páginas 80108 a 80152.

[24] Ha sido cuestión muy controvertida la posibilidad, o no, de aplicar las normas del Convenio de 1976 a las reclamaciones de responsabilidad contractual, en tanto que no está expresamente excluido. En contra se pronunciaron las STS (Sala 1ª) de 24 de abril de 1995 y la de 24 de octubre de 1995, entre otras. La cuestión ha quedado sin embargo ya aclarada, a nuestro juicio, en el artículo 395 LNM que permite la

Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo de Londres de 19 de noviembre de 1976, en su forma enmendada por el Protocolo de 1996[25] y –en lo que atañe a la presente comunicación- los convenios CLC y del Fondo de 1992[26].

Por último, por mor de la exhaustividad y en relación directa con lo que más adelante analizaremos, no pueden dejar de apuntarse tres notas comunes a la regulación de la limitación de responsabilidad en Derecho marítimo:

- **El ámbito subjetivo de la limitación de responsabilidad** no se agota en las figuras del naviero o el propietario del buque, sino que puede **extenderse a colaboradores** independientes del naviero, empleados, salvadores y **aseguradores**[27].

- Los convenios referidos prevén, con una u otra redacción, **la quiebra del derecho a la limitación de responsabilidad en aquellos casos en que el resultado dañoso proceda de un acto doloso *(intentional wrong, intent to cause such loss),*** superando el mero dolo civil para la doctrina más autorizada y presentando rasgos más propios del dolo penal, discutiéndose si basta la imprudencia temeraria o se exige una conducta asimilable al dolo eventual *(recklessly and with knowledge that such damage would probably result)*[28].

- Lo anterior enlaza con **la discusión sobre la existencia de una dualidad de regímenes aplicables a la responsabilidad civil extracontractual por daños, dependiendo de si nos encontramos ante un ilícito civil o penal** y, en tal caso, la posibilidad de oponer la limitación de responsabilidad civil por el naviero en aquellos casos en los que dicha responsabilidad civil nace del delito (responsabilidad civil «ex delicto»). En este sentido, mientras en la doctrina maritimista se ha impuesto la solución de que la responsabilidad civil del naviero

---

aplicación de los regímenes de limitación de responsabilidad "específicos" sin perjuicio del régimen general de limitación de responsabilidad.

[25] *Vid. Supra. Nota al pie núm. 12.*

[26] *Vid. Supra. Nota al pie núm. 7.*

[27] El artículo 1 del Convenio, que regula las personas titulares de la limitación de responsabilidad incluye a los "propietarios de los buques" que define en su apartado segundo como "propietario, fletador, armador y operador de un buque mercante", las "empresas de salvamento", y según dispone el apartado 6 de dicho artículo el asegurador "que cubra la responsabilidad por las reclamaciones sujetas a la limitación conforme a las reglas de la presente Convención".

[28] En concreto, el artículo 4 del Convenio de 1976 establece bajo la rúbrica "Conducta que carrea la pérdida del beneficio de la limitación" que una persona responsable titular del derecho a limitar la responsabilidad perderá el mismo "si se demuestra que la pérdida fue el resultado de una acción personal u omisión, realizada con la intención de causa tal pérdida, con temeridad y a sabiendas de que tal daño se produciría probablemente".

debe regirse por su propia norma especial con independencia de que la misma proceda de un acto delictivo o no, procediendo la aplicación de la limitación de responsabilidad legalmente prevista, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado ejemplos en sentido contrario[29].

2. Derecho a la limitación de responsabilidad del propietario del buque tanque por los daños ocasionados por la contaminación marítima por hidrocarburos:

Una vez esbozado el cuadro general de la limitación de la responsabilidad en Derecho marítimo, conviene centrarse brevemente en la regulación existente en la materia concreta sobre la que recae el pronunciamiento en materia de responsabilidad civil de la Sentencia analizada, esto es, la responsabilidad civil por daños ocasionados por hidrocarburos[30].

a) Sujetos responsables:

El convenio CLC impone la obligación de indemnizar los daños ocasionados por el hidrocarburo transportado en el buque a su propietario registral en el momento de producción del accidente (artículo 3.1), existiendo amplia unanimidad[31] en que, de esta manera, responsabilizando a una persona que resulta fácilmente identificable acudiendo

[29] Un análisis de esa discusión, con cita de jurisprudencia del TS en que se aplicaba la normativa reguladora de la responsabilidad por daños incluida en el Código Penal huyendo de la normativa prevista en el entonces vigente Código de Comercio puede encontrarse en MARTÍN OSANTE, J. M. La responsabilidad civil del naviero por abordaje, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2001., pp. 174- 187

Para un estudio sobre la aplicación del Convenio de limitación de responsabilidad de 1976 en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Alto Tribunal cfr. ALBORS, E., El Convenio de Londres de 19 de noviembre de 1976 en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, en VI Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Donostia-San Sebastián 1998, EIZAGUIRRE, J. M. (Coord.), pp. 176-192., Servicio central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1999.

[30] Por evidentes motivos de extensión, nos limitaremos en el presente apartado a dar unas notas sobre el régimen de responsabilidad por daños ocasionados por hidrocarburos a efectos puramente descriptivos y sin ánimo de exhaustividad. Sobre la responsabilidad por contaminación marítima por hidrocarburos en detalle Cfr. GABALDÓN GARCÍA, J. L./RUIZ SOROA, J. M. Manual de Derecho de la Navegación Marítima, Marcial Pons, Barcelona 1998. ARROYO MARTINEZ, I., Curso de Derecho Marítimo, J. M. Bosch Editor, Barcelona 2001. PULIDO BEGINES, J. L. Derecho de la Navegación. Las averías y los accidentes de la navegación marítima y aérea, Vol. 6, Marcial Pons, Madrid 2003. RODRÍGUEZ DOCAMPO, M. J., La obligación de indemnizar del propietario del buque-tanque, Tirant lo Blanch, Barcelona 2003.

En concreto sobre su actual regulación tras la entrada en vigor de la LNM *Vid.* MARTÍNEZ JIMÉNEZ, I., La responsabilidad civil por contaminación, en EMPARANZA SOBEJANO, A./MARTÍN OSANTE, J. M. (Dirs.), Comentarios…, Marcial Pons, Madrid 2015, pp. 566-593.

[31] Por todos, *Vid.* RUIZ SOROA, J. M. / MARTÍN OSANTE, J. M., Manual de Derecho de accidentes de la navegación, 3ª Edición, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, pág. 389.

al registro de buques del Estado de bandera[32], se evitan las consecuencias de los habituales esquemas opacos bajo los que se explotan en la actualidad no pocos buques afectos a la navegación internacional con el propósito de eludir o minimizar cualquier responsabilidad surgida durante la misma[33].

Del mismo modo, existe amplio consenso en que el convenio CLC impone un régimen especial de reclamación de la responsabilidad por los daños ocasionados por contaminación marítima por hidrocarburos que no puede eludirse. Así lo reconoce la STS 865/2015 en su FJ 64 al describir el mismo como un régimen "exclusivo", en tanto que no puede iniciarse ninguna reclamación por daños producidos por hidrocarburos salvo de conformidad con el propio Convenio.

En efecto, el artículo 3.4 del convenio CLC establece:

> «4. No podrá promoverse contra el propietario ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste al presente Convenio. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 5 del presente artículo, no podrá promoverse ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación, ajustada o no al presente Convenio, contra:
>
> a) los empleados o agentes del propietario ni los tripulantes;
>
> b) el práctico o cualquier otra persona que, sin ser tripulante, preste servicios para el buque;
>
> c) ningún fletador (comoquiera que se le describa, incluido el fletador del buque sin tripulación), gestor naval o armador;
>
> d) ninguna persona que realice operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de una autoridad pública competente;
>
> e) ninguna persona que tome medidas preventivas;
>
> f) ningún empleado o agente de las personas mencionadas en los subpárrafos c), d) y e); a menos que los daños hayan sido originados por una acción o una omisión de tales personas, y que éstas hayan actuado así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños».

De la redacción de dicho artículo se deduce igualmente que el Convenio *canaliza la responsabilidad*, y lo hace -como admite el ya mencionado FJ 64 de la STS 865/2015- de forma no solo exclusiva sino también excluyente[34], en tanto que la misma

[32] El Convenio define al "propietario" en su artículo 1.3 como *"la persona o las personas inscritas como propietarias del buque o, si el buque no ha sido matriculado, la persona o personas propietarias del mismo"*.

[33] En el caso del buque Prestige, y tal y como recoge la sentencia, el propietario registral del buque era la sociedad Mare Shipping, Inc. de Liberia, ligada a la entidad griega Universe Maritime, Ltd., en virtud de un contrato de gestión de fecha 6 de diciembre de 2000, mientras que el fletador y propietario de la carga era la sociedad Crown Resources, que transportaba la misma en virtud de una póliza de fletamento de 24 de mayo de 2002. Y todo ello en un buque bandera de Bahamas, Estado que a su vez tenía delegada la facultad estatutaria (inspección y emisión de certificados del buque) a una sociedad de clasificación estadounidense.

[34] En el mismo sentido, y coincidiendo con la totalidad de la doctrina ya citada, Cfr. TRIGO GARCÍA, B., La indemnización de los daños causados por el Prestige y el Derecho interno español, pp. 179-180, en

solo puede exigirse al amparo del propio Convenio frente al propietario registral y no frente a otros posibles agentes con intervención en los hechos que hayan ocasionado los daños.

En la práctica, esta medida se complementa con la obligación para dichos propietarios de obtener un seguro que cubra hasta los límites indemnizatorios previstos en el Convenio[35] y el reconocimiento de la acción directa frente al asegurador por parte de los perjudicados, en el artículo 7.8 del texto, mecanismos que intentan dar mayor cobertura al posible perjudicado[36].

b) Carácter de la responsabilidad:

Existe un cierto consenso en la doctrina y en la forma de interpretar el Convenio por los Tribunales en torno a que la responsabilidad regulada en el convenio CLC 92 es de una responsabilidad civil tipo objetivo y limitado[37].

Esto implica que una vez el perjudicado acredite el daño sufrido y la existencia del siniestro:

- Dicha responsabilidad alcanzará hasta el límite fijado en el Convenio.
- La misma será independiente de si concurrió culpa o negligencia por su parte o por parte de sus dependientes (Artículo 5.2 Convenio), pues los únicos supuestos de exoneración de responsabilidad que se prevén en el Convenio tiene que ver con la intervención de un tercero o un fenómeno inevitable causante de los daños[38].

PAZ GARCÍA RUBIO, Mª / ALVAREZ GONZALEZ, S. (Coord.), La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige, Iustel, Madrid 2007, pp.167-198

[35] El artículo 7.1 exige mantener "un seguro o garantía financiera" a cualquier propietario de un buque tanque abanderado en un Estado parte del Convenio que transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos.

[36] RUIZ SOROA, J. M. / MARTÍN OSANTE, J. M., Manual de Derecho…, 3ª Edición, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, pp. 390-392.

[37] Sobre la discusión en torno a la determinación de la naturaleza de la responsabilidad que contempla el CLC *Vid.* RODRÍGUEZ DOCAMPO, Mª. J., La obligación de indemnizar…, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, p. 51. En el sentido mayoritario, tendente a asumir que estamos ante responsabilidad civil objetiva y limitada, por todos, *Vid.* MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Mª, I., La responsabilidad…, en EMPARANZA SOBEJANO, A. / MARTÍN OSANTE, J. M., (Dirs.), Comentarios sobre la ley…, Marcial Pons, Madrid 2015, p. 565.

Mantiene una opinión discrepante, considerando que nos encontramos ante una auténtica obligación resarcitoria *ex lege* impuesta a un tercero y alejada de los elementos estructurales de la responsabilidad civil GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L., Las sentencias «Prestige»: Último acto (¿Una gloriosa primavera, un breve estío o el invierno de nuestro descontento?), en Revista de Derecho del Transporte, RDT 2016, núm. 17, pp. 11-57.

[38] Vid. Art. 3 del Convenio. En concreto se prevén como casos de exoneración de responsabilidad del propietario del buque que los daños traigan causa en su totalidad de un acto de guerra o similar, fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable o irresistible, o de la acción u omisión dolosa de un tercero, o

La STS 815/2015, sin embargo, acoge esta interpretación con algún matiz, pues el FJ 64 se refiere a que el convenio CLC *"establece una limitación de responsabilidad o más bien es una limitación de deuda por resarcimiento"*, aunque no profundiza en ello, limitándose a establecer la fundamentación jurídica de las condenas por responsabilidad civil que impone la Sentencia[39].

c) Limitación de la responsabilidad:

Nuestro sistema de responsabilidad, a diferencia de otros como el estadounidense[40], prevé igualmente la constitución de un fondo internacional (FIDAC) al que contribuye "la industria" a través de recaudaciones aplicadas sobre determinados hidrocarburos que se transportan por mar y que entra en funcionamiento con carácter subsidiario.

Se establece así existe una suerte de "doble escalón" de responsabilidad, de suerte que de conformidad con el CLC 92 el propietario registral del buque (o su compañía de seguros, por ser más exactos) responderá objetivamente de los daños ocasionados por la descarga de hidrocarburos persistentes de su buque, y lo hará hasta el límite obtenido de un cálculo en virtud del tamaño del buque previsto en el propio artículo 5, según indica el siguiente cuadro:

Tabla 1.- Cálculo de limitación de responsabilidad del propietario del buque bajo el CLC 92[41]

Arqueo del buque	Límite CLC
< 5.000 unidades de TRB[42]	4.510.000 DEG[43]
5.000 - 140.000 unidades de TRB	4.510.000 DEG + 631 DEG unidad de TRB adicional
≥ 140 000 unidades de TRB	89.770.0 DEG

bien que se deban a la negligencia o acción lesiva de cualquier gobierno o autoridad responsable del mantenimiento de las luces o ayudas a la navegación, en el ejercicio de dicha función.

[39] Sí lo hace, como se ha indicado, GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L., Las Sentencias del Prestige…, en RDT 2016, núm. 17, pp.11-57, concluyendo que el CLC una verdadera obligación resarcitoria de origen legal, no siendo necesario indagar en la conducta del propietario del buque tanque para exigirle el pago de los daños, toda vez que faltan el elemento de la culpa y de la acción u omisión que exige nuestro artículo 1902 CC.

[40] La Oil Pollution Act de 1990 de EEUU opta, a diferencia de este sistema, por un sistema de responsabilidad ilimitada sin participación de la industria petrolera, respondiendo los operadores del buque en sentido amplio, lo que ha generado no pocos problemas con el sector asegurador.

[41] Fuente: FIDAC

[42] Las Toneladas de Registro Bruto o "Arqueo" Bruto del buque, son la forma de medir el tamaño de un buque a partir de su volumen.

[43] Derechos Especiales de Giro. Unidad de cuenta habitual para el cálculo de indemnizaciones en Convenios Internaciones, creada como activo por el FMI en 1969, su cotización por referencia a otras divisas puede consultarse tanto en FMI como en el Banco de España.

Por su parte, el convenio del Fondo de 1992 operará de forma complementaria al CLC anterior, de forma que indemniza a los perjudicados cuando la indemnización en virtud del CLC ha sido insuficiente, el propietario del buque deviene insolvente para cumplir con sus obligaciones bajo el CLC o bien está exento de responsabilidad bajo dicho Convenio Internacional[44].

En la actualidad, el importe máximo de dicha indemnización[45] asciende a 203 millones de DEG con independencia del tamaño del buque que haya ocasionado los daños (incluyendo las sumas efectivamente pagadas por el propietario del buque al amparo del CLC 92).

Adicionalmente, desde 2005 se encuentra en vigor el Protocolo relativo al Fondo Complementario, que ofrece una indemnización adicional para los Estados parte del Protocolo que facilita un total disponible por siniestro de 750 millones de DEG (incluyendo las cuantías pagaderas por el CLC)[46].

3. Recapitulación de lo expuesto:

A la vista de lo expuesto hasta el momento, y en lo que resulta relevante a efectos de esta comunicación, se puede concluir lo siguiente:

- Los daños ocasionados por contaminación por hidrocarburos **deben ser indemnizados por el propietario registral del buque**, con exclusión del resto de agentes, en los términos y **hasta los importes previstos por el convenio CLC**.
- La limitación de responsabilidad **es un derecho del propietario del buque tanque, cuyo ámbito subjetivo se extiende a sus aseguradores**, reconocido en dicho Convenio.
- Ese ese derecho, en los términos en que se regula en el convenio CLC 1992, puede ser invocado con **independencia de que la responsabilidad se exija en un procedimiento judicial de naturaleza penal**.

[44] Para un análisis exhaustivo de la forma en que interviene ambos planos de responsabilidad en la indemnización de un siniestro, *Vid*. REQUEJO ISIDRO, M., El sistema de los Convenios de responsabilidad y del FIDAC, en PAZ RUBIO, Mª. P. / ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (Coord.), La responsabilidad por los daños causados…, Iustel, Madrid 2007, pp. 139-166.

[45] Para siniestros ocurridos a partir del 1 de noviembre de 2003. En el momento del hundimiento del buque Prestige esta cifra se encontraba limitada a 135 millones de DEG (incluyendo las cantidades pagadas por el propietario del buque bajo el CLC).

[46] Como en el caso anterior, el Protocolo del Fondo Complementario se puso en marcha a partir del siniestro del buque Prestige tras comprobar que las cantidades pagadas en virtud del CLC 1992 y el Convenio del Fondo de 1992 resultaban ampliamente insuficientes para cubrir el importe de los daños y perjuicios ocasionados por el vertido de fuelóleo.

- La **pérdida del derecho a limitar la responsabilidad** exige bien un acto doloso *(intentional wrong, intent to cause such loss),* discutiéndose si es suficiente la mera imprudencia o una conducta similar al dolo eventual *(recklessly and with knowledge that such damage would probably result)*[47].

Varias eran, por tanto, las cuestiones a dilucidar en materia de responsabilidad civil en el caso del Prestige y, entre las más relevantes podríamos formular las siguientes: ¿Debe regirse exclusivamente por las normas del Código Penal con exclusión de las normas especiales civiles que rigen la materia? En su caso ¿Se puede trascender el principio de canalización de la responsabilidad para imputar la responsabilidad civil directa al Capitán del buque por los daños ocasionados? Y finalmente ¿Cuál debe ser el *quantum* de las indemnizaciones o, lo que es lo mismo, opera en este caso (delito imprudente) la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad por los responsables civiles subsidiarios?

III. LA SOLUCION ADOPTADA POR LA STS 865/2015

La STS 865/2015 aborda la cuestión de la responsabilidad civil entre los FJ 62 a 74 en respuesta a los diferentes recursos que solicitaban su fijación, después de que la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 13 de noviembre de 2013 no lo hiciera.

A tal fin, la Sentencia analiza en primer lugar la responsabilidad civil directa del Capitán, después la responsabilidad civil subsidiaria de la propietaria del buque y la de su compañía aseguradora y, por último, la del FIDAC.

Entre las múltiples cuestiones analizadas por el Tribunal en relación con la atribución de la responsabilidad civil, nos referiremos exclusivamente a las indicadas en el ordinal anterior, por entender que son las de mayor relevancia y trascendencia.

[47] La redacción literal del Artículo 5.2 del Convenio CLC:

«The owner shall not be entitled to limit his liability under this Convention if it is proved that the pollution damage resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such damage, or recklessly and with knowledge that such damage would probably result».

«El propietario no tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud del presente Convenio si se prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños».

1. Aplicación de una norma (civil) especial en materia responsabilidad civil con independencia de encontrarnos en la jurisdicción penal:

El Tribunal entiende superada la discusión sobre una posible dualidad de regímenes de la responsabilidad civil según la misma nazca de un ilícito civil o penal y, en tal sentido, asume que *"el alcance y contenido de la responsabilidad civil derivada del delito habrá de acomodarse a la normativa civil aplicable"*[48].

Se asume sin ambages que estamos ante una acción civil que mantiene su plena naturaleza jurídica pese a que se ejercite ante la jurisdicción penal (FJ 63) y, por tanto, que en el presente caso (responsabilidad civil por daños y perjuicios ocasionados por la contaminación marítima por hidrocarburos) la misma habrá de ventilarse acudiendo a su regulación específica, esto es, los convenios CLC 1992 y del Fondo de 1992 y no de forma exclusiva y excluyente a los artículos previstos en el Código Penal.

De esta forma, parece superarse definitivamente la discusión sobre la normativa aplicable para determinar la responsabilidad civil derivada del delito, asumiendo que estamos en todo caso ante una acción civil que –en ausencia de un precepto penal especial que modifique su régimen general- deberá ventilarse con arreglo a su normativa aplicable, sin perder la acción civil su naturaleza propia por encontrarnos ante la jurisdicción penal.

2. Imputación de la responsabilidad civil directa al Capitán del buque por los daños y perjuicios causados. Superación del principio de canalización de responsabilidad del CLC:

A la hora de analizar la normativa civil que debe aplicar para determinar la responsabilidad civil, el Tribunal admite que el convenio CLC 1992 prevé la exoneración de responsabilidad de determinados auxiliares del propietario del buque en su artículo 3.2 (principio de canalización de la responsabilidad, en su faceta excluyente) al establecer que *"no podrá promoverse ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación, ajustada o no al presente Convenio, contra: a) los empleados o agentes del propietario ni los tripulantes"*.

No obstante, se centra en el análisis de la excepción a dicha regla general (FJ 64), cuando el propio artículo prevé en su ordinal último que dicha exoneración de

[48] Recurre como justificación a las SSTS 298/2003, de 14 de marzo; 936/2006, de 10 de octubre; 108/2010, 4 de febrero; 357/2013, de 29 de abril; 64/2014, de 11 de febrero; 212/2015, de 11 de junio y 778/2015 de 18 de noviembre.

responsabilidad opera *"a menos que los daños hayan sido originados por una acción o una omisión de tales personas, y que éstas hayan actuado así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños"*.

En concreto, la cuestión analizada es si habiendo declarado penalmente responsable al Capitán de un delito imprudente contra el medioambiente, la mención a la "temeridad" del artículo 3.4 del Convenio resulta suficiente para aplicar dicha excepción y, por tanto, puede ser declarado responsable civil directo de los daños ocasionados al amparo del CLC 1992.

La sentencia 815/2015 interpreta el adverbio *"temerariamente"* con relación a la terminología tradicional del Código Penal de 1848 (imprudencia temeraria), la noción de la "culpa consciente" en la que el agente prevé un peligro como posible pero confía en que no se produzca y –finalmente- en la Directiva 2005/35/CE[49] y la posterior STJUE del 3 de junio de 2008[50] para concluir que la conducta desplegada por el Capitán cae dentro de la excepción a la regla general.

En este sentido concluye que el tipo por el que resultó condenado el Capitán exige una imprudencia grave, en la que tuvo que prever y representarse el riesgo que generaba su comportamiento y que finalmente se concretó en los daños producidos, y por lo tanto debe entenderse que el Capitán actuó *"temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños"* pudiendo declararse su responsabilidad civil directa por los daños ocasionados.

La solución del Tribunal supera así de manera clara el debate en torno a si la mención del artículo 3.2 del CLC 1992 *"o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños"* admitiendo que no es necesaria una conducta equiparable al dolo eventual para la pérdida del derecho a exonerarse de

[49] La Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, publicada en el DOUE L 255/11 de 30 de septiembre de 2005 se conoce entre la industria marítima como "la directiva de la criminalización" pues junto con la Decisión marco 2995/667/JAI de la Comisión instaba a los Estados miembros a sancionar penalmente las descargas de hidrocarburos (incluidas las meramente accidentales). Finalmente la STJUE de la Gran Sala de 23 de Octubre de 2007 (Asunto C-440/05) anuló la Decisión marco.

[50] La Sentencia de 3 de junio de 2008 (TJCE 2008\123) en el asunto C-308/06, resolvió una cuestión prejudicial en la que se cuestionaba la validez de los artículos 4 y 5 de la antedicha Directiva 2005/35/CE en el marco de un procedimiento judicial seguido en Reino Unido relativo a la adaptación del Derecho interno a la Directiva.

responsabilidad por los auxiliares del propietario / naviero, bastando una actuación gravemente negligente.

3. Responsabilidad civil subsidiaria del propietario registral del buque por los daños ocasionados:

A la hora de determinar la responsabilidad civil subsidiaria del propietario del buque la sentencia 815/2015 entiende que concurren en el presente caso los elementos suficientes para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad MARE SHIPPING (relación de dependencia entre el autor del delito y el principal, y actuación del autor dentro de las funciones de su cargo), lo que vincula con la teoría de la creación del riesgo (FJ 65).

Se entiende así que el Capitán cometió el delito en ejercicio de sus funciones como tal y que su contrato de trabajo lo formalizó con la entidad UNIVERSE MARITIME, quien a su vez actuaba como agente y representante de la primera, propietaria registral del buque (FJ 66).

Llegados a este punto (FJ 67), el Tribunal entiende que el estado del buque era tan defectuoso que, en las condiciones en las que se encontraba, es lógico inferir que MARE SHIPPING era conocedora del estado real del buque y estaba al tanto de su deficiente estado estructural y de conservación (FJ 67).

Por ello, le atribuye a la propietaria del buque una negligencia y actuar temerarios, despreciando consciente y deliberadamente los graves riesgos que implicaba enviar el buque a un último viaje y, en consecuencia, suficientes para enervar el derecho de limitación de responsabilidad previsto en el CLC 1992.

De esta manera el pronunciamiento del Tribunal produce como consecuencia que el propietario del buque –que tiene un deber de diligencia debida en relación con la navegabilidad del buque- no podrá escudarse en que el buque tenga en vigor los certificados legalmente exigidos para navegar ni en que haya superado las inspecciones de la sociedad de clasificación que tiene delegada facultades estatutarias del Estado del pabellón[51].

[51] La posible responsabilidad de la sociedad de clasificación *American Bureau of Shipping* en el caso del buque Prestige fue puesta en entredicho por el Reino de España en distintos procedimientos seguidos en EEUU, en los que le reclamó su responsabilidad por haber otorgado los oportunos certificados a un buque mal mantenido. La *vía americana* del Estado para recuperar al menos una parte de los daños y perjuicios ocasionados a raíz del hundimiento del buque terminó el 29 de agosto de 2012 con la

Lo anterior llama particularmente la atención si se tiene en consideración que los hechos probados y que la Sentencia respeta hacen referencia a que *"el fallo estructural fue debido a un mantenimiento y conservación deficientes pero inadvertidos y ocultos para quienes navegaban en el buque, capitaneándolo o desempeñando cualquier otra responsabilidad […]"* y que a MARE SHIPPING no se le imputó responsabilidad penal ni resultó condenada en dicho procedimiento.

4. Límite de la indemnización a pagar por los daños y perjuicios:

Una de las cuestiones que ha resultado más controvertida en cuanto a la determinación que hace la Sentencia de la responsabilidad civil nacida del delito ha sido el importe al que resultó condenada la compañía aseguradora del buque.

En efecto, no debe olvidarse que tras la producción del siniestro, la sociedad que aseguraba la responsabilidad civil del buque Prestige, *The London P&I Club*[52], depositó el importe equivalente a la responsabilidad civil calculada de conformidad con el CLC, por importe de 22.777.986 € ante el Juzgado de Instrucción de Corcubión.

Sin embargo, la Sentencia razona (FJ 69) que, dado que en el presente caso consta que el buque se encontraba integrado en una póliza de responsabilidad contra la contaminación por hidrocarburos entre el propietario del buque y su Club de P&I por importe de 1 billón[53] de dólares estadounidenses, procede condenar a la entidad aseguradora al importe total de la póliza obviando el importe de la limitación de responsabilidad previsto en el convenio CLC.

---

desestimación, por parte del Tribunal de Apelaciones del 2º Circuito de los EEUU, del recurso del Reino de España contra las decisiones que previamente habían desestimado su demanda frente a ABS. Con relación al peregrinaje estadounidense *Vid.* Llorente, C., The «Prestige» in the american courts, Comité Maritime International Yearbook, 2014, pp 174-178 y respecto a las primeras, *Vid.* FERNANDEZ-GUERRA, R., Análisis de las resoluciones judiciales sobre el «caso Prestige», 2002-2011, Revista de Derecho del Transporte, RDT, 2012, núm. 9, Marcial Pons, pp. 137-179.

Con relación al régimen de dichas sociedades Cfr. PULIDO BEGINES, J. L., La responsabilidad frente a terceros de las sociedades de clasificación de buques, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, y REYERO, J. A., Las sociedades de clasificación, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz 2010.

[52] Los Clubs de Protección e Indemnización (P&I) son entidades mutualistas de navieros destinadas al aseguramiento de sus responsabilidades civiles y *The London P&I Club* es una de las entidades tradicionales y bien conocidas del sector. Sobre la función de estas entidades y el seguro obligatorio en materia de polución marítima por hidrocarburos *Vid.* DE LA RUE, C., / ANDERSON, C. B., ISBN 9781843113232, Lloyds Shipping Law Library, Londres marzo 2009. En general, HAZELWOOD, S. J., / SEMARK, D., P&I Clubs Law and Practice, ISBN 978184311817, Lloyds Shipping Law Library, Londres 2010.

[53] La aclaración es obligada, el "billón" estadounidense equivale a mil millones (1.000.000.000) de dólares estadounidenses.

A tal efecto el FJ 69 se basa en el artículo 117 CP, que expresamente se refiere a que *"Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda".*

De forma que, en la interpretación que hace la Sentencia, la responsabilidad puede ser determinada en dos niveles, el legalmente establecido y el contractualmente pactado, sin que sean incompatibles. En el primer caso estará el límite previsto con arreglo al convenio CLC que fue consignado por el asegurador y, en el segundo, la que el propietario pactó con el seguro en su contrato para –entre otras posible eventualidades- el caso de quiebra o pérdida del derecho a limitar.

En este caso, concluye el Tribunal, la entidad asegurada MARE SHIPPING resulta condenada como responsable civil subsidiario, por lo que cabe la opción de que la responsabilidad civil del asegurador lo sea, directa respecto a la de la asegurada y por tanto subsidiaria a la del Capitán o, alternativamente, directa respecto a la del condenado penalmente responsable.

La sentencia 815/2015 entiende que el seguro cubre la producción de daños por contaminación en el ámbito de la explotación del buque y que ello incluye los derivados de actos ilícitos cometidos por los empleados en el desarrollo de esa actividad, lo que justifica con profusa cita jurisprudencial. Adicionalmente, sostiene que el artículo 467 de la LNM reconoció la acción directa del perjudicado frente al Club de P&I y que, dada la ausencia deliberada de dicha entidad en el proceso, deberá soportar las consecuencias de no haber alegado causa alguna para excusar su obligación de indemnizar hasta dicho importe contractual.

En consecuencia, la condena a la aseguradora lo es por la suma total asegurada en la póliza, esto es 1 billón de dólares USA, en vez de por el importe de la limitación de responsabilidad prevista en el convenio CLC.

IV. COMENTARIO

La Sentencia causó no poco revuelo en el sector marítimo, al revocar la sentencia (parcialmente) absolutoria de Instancia y condenar al Capitán por un delito imprudente contra el medioambiente, confirmando la absolución del entonces Director de la Marina Mercante y del Jefe de Máquinas.

Dado el objeto de esta comunicación, circunscrito a la justificación de la fijación de la responsabilidad civil nacida del delito, no procede valorar aquí dicho fallo y su motivación, sino que limitaremos nuestro comentario a dicha cuestión.

En este sentido, en primer lugar, procede felicitarse porque la Sentencia asuma con normalidad que las responsabilidades civiles por los daños ocasionados por el vertido de fuelóleo del Prestige deban ventilarse de conformidad con el convenio CLC y ello con independencia de encontrarnos ante una responsabilidad nacida del delito que se determina en el orden jurisdiccional penal.

Sin embargo, a mi entender, existen diferentes argumentos para cuestionar la declaración de la responsabilidad civil directa del Capitán del buque en contra de la inmunidad que expresamente le otorga como principio general el artículo 3.4 del convenio CLC 1992.

- En primer lugar, el salto cualitativo que supone pasar de la condena por un delito ecológico imprudente a la atribución de un actuar temerario y a sabiendas de que probablemente se causarían los daños revela un profundo desconocimiento de la profesión de marino mercante y del sector.

  Lo anterior implica que el Capitán Mangouras habría asumido el mando del buque Prestige siendo consciente de que era muy probable que el mismo no pudiera culminar la travesía e ignorando así el evidente riesgo que ello suponía para su integridad física y la de su tripulación y que, además, en su actuación al mando del mismo, se representó igualmente como probable la producción de una contaminación de carácter catastrófico, pero confió en que la misma no llegara a producirse.

  Sin embargo, lo cierto es que el Capitán se puso al mando de un buque antiguo para hacer una travesía en invierno, esto es, con alta probabilidad de encontrar condiciones meteorológicas adversas, pero que contaba con todos sus certificados en regla, y que –en apariencia- se encontraba bien mantenido, pues la declaración

de hechos probados explica que el fallo estructural que estuvo en el origen del hundimiento del buque *"fue debido a un mantenimiento y conservación deficientes pero inadvertidos por y ocultos para quienes navegaban en el buque, capitaneándolo o desempeñando cualquier otra responsabilidad, deficiencias que contribuyeron a debilitar concretas estructuras del buque, de modo que no resistieron los embates del oleaje y los esfuerzos a que le sometió el alterado mar, porque el día en que se produjo la escora descrita fue de condiciones meteorológicas de las que se denominan adversas"*.

- En segundo lugar, la interpretación que hace la Sentencia del artículo 3.4 del convenio CLC que exonera de responsabilidad a los tripulantes *"a menos que los daños hayan sido originados por una acción u omisión de tales personas, y que éstas hayan actuado así con intención de causar daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños"* para concluir que una conducta meramente negligente (que es lo que requiere el tipo por el que Capitán resultó condenado) es suficiente para la pérdida del derecho a exonerarse de responsabilidad es, a mi entender, contraria a literalidad del texto, criterio preeminente a la hora de interpretar la norma.

  La mención *"temerariamente y a sabiendas de que* ***probablemente*** *se causarían"* del CLC remite a un supuesto de dolo eventual, existiendo diferencias notables con la mera negligencia, pues puede –y debe- diferenciarse entre una elevada probabilidad de ocasionar el daño y la mera posibilidad de que el mismo se pueda producir, aunque sea remota.

  El convenio CLC es claro en este punto, y la remisión de la Sentencia a la Directiva 2005/35/CE para justificar que la mención a la "temeridad" es suficiente para la pérdida de dicha inmunidad en un caso como este no está exenta de problemas, puesto que dicha directiva se refiere a descargas sancionadas por el convenio MARPOL, prevé una excepción en el caso de descargas producidas por daños sufridos por el buque sin que medie dolo o dolo eventual, y establece claramente que dichas sanciones no afectarán a la responsabilidad civil de las partes involucradas[54].

[54] En el mismo sentido Cfr. GABALDÓN GARCÍA, J. L., En busca del resarcimiento: Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2016 sobre el "Prestige" – Sobre las responsabilidades penales y

En lo que se refiere a la responsabilidad civil del propietario del buque, resulta enormemente llamativo que (a fin de justificar la enervación su derecho a limitar la responsabilidad) se le acaba imputando no ya un actuar negligente sino un auténtico dolo eventual, al entender que en la decisión de emprender el viaje *"se advierte una elevadísima falta de cautela y cuidado, cuando se sabe que el barco en su itinerario se va a encontrar condiciones climatológicas adversas que previsiblemente, en atención al estado de sus estructuras y su nivel de conservación, no estaba en condiciones de soportar, pese a lo cual se asumió un riesgo"* y ello pese a que no existía imputación de responsabilidad penal frente al mismo.

Por último, y en lo que respecta a la cuestión de la cuantía de la condena a la entidad aseguradora, existen igualmente varios motivos para discrepar de la solución dada en la Sentencia[55].

- En primer lugar, el artículo 7.8 del CLC 1992 es claro al atribuir al asegurador el derecho a oponer la limitación de responsabilidad del propietario del buque incluso aunque éste hubiera perdido tal derecho de conformidad con el artículo 5.2 del mismo Convenio.

  De esta forma, siendo claro que procede aplicar tal limitación de conformidad con lo prevenido en el Convenio, la misma no puede dejar de aplicarse alegando que la parte no haya comparecido en el procedimiento o no se haya opuesto expresamente a otros argumentos, lo que –además- resulta inexacto ya que consignó en sede de instrucción del importe de más de 22 millones de euros como exige el Convenio para poder oponer el derecho a la limitación de responsabilidad.

- En segundo lugar, optar por el importe asegurado previsto en la póliza sobre la base de que la LNM prevé la acción directa frente al seguro de P&I del buque supone obviar no solo que dicha norma no estaba vigente en el momento de producirse los hechos, sino que la jurisprudencia del Alto Tribunal había desestimado esa posibilidad hasta entonces.

civiles dimanantes del accidente, publicada en https://www.ime.es/en/articulo-de-jose-luis-gabaldon-sobre-la-reciente-sentencia-del-prestige/

[55] Op. Cit. GABALDÓN GARCÍA, J. L., En busca del resarcimiento…,

Del mismo modo, condenar al pago del importe contractualmente pactado implica exceder el ámbito del CLC, convenio internacional en vigor que prevé que es la única norma con arreglo a la cual puede ventilarse la responsabilidad civil del propietario del buque y sus seguro en este tipo de casos, orillando la discusión de si al trascender el ámbito del CLC para entrar en el de la póliza puede el asegurador oponer válidamente las condiciones previstas en la misma, y la jurisdicción competente para ello.

Finalmente, y dejando de lado el hecho –cuando menos llamativo- de que la única persona penalmente responsable de esta gran catástrofe sea el Capitán del buque, lo que más llama la atención en el ámbito de la responsabilidad civil es, probablemente, lo que la Sentencia no refleja.

Así las cosas, resulta obvio para cualquiera que el Capitán del buque es insolvente de cara a las cantidades que aquí se discuten y que, por tanto, la declaración de su responsabilidad civil directa carece de relevancia desde el punto de vista económico pues nunca podrá hacer frente a los daños y perjuicios ocasionados.

Del mismo modo, la declaración de la responsabilidad civil del seguro por importe de 1 billón de dólares USA contrasta con la absoluta falta de referencia a los procedimientos arbitrales seguidos en el Reino Unido sobre esta misma cuestión y que tendrán un efecto innegable en cualquier acción que busque la ejecución de la Sentencia en Reino Unido, donde se encuentra el domicilio social del seguro.

Con fecha 13 de febrero de 2013 recayó un laudo arbitral en Londres por virtud del cual se declaró –entre otras cuestiones- que cualquier reclamación del Estado español frente al seguro del buque en exceso de la cuantía de 22.777.986 € (correspondiente a la limitación de responsabilidad del propietario registral conforme al CLC 1992) estaba sujeta a Derecho inglés, debería someterse a arbitraje en Londres y debería hacerse bajo los términos del contrato de seguro, no teniendo obligación de responder dicho seguro de ninguna reclamación en exceso de la cantidad consignada que se formulara por el Estado Español a menos que existiera un pago previo por el asegurado, de conformidad con la regla *"pay to be paid"* incluida en el contrato de seguro.

El Estado español se mantuvo en rebeldía en dicho procedimiento arbitral y únicamente se opuso a la posterior declaración de reconocimiento del Laudo arbitral

perseguida por el asegurador del buque y que fue otorgada por sentencia de la High Court of Justice de Londres de 22 de octubre de 2013[56] posteriormente ratificada por la Corte de apelación, que permitió ejecutar dicho Laudo.

En consecuencia, las perspectivas de ejecución en Reino Unido del pronunciamiento condenatorio del Club de P&I por el importe máximo previsto en la póliza de seguros, en contra de una resolución de reconocimiento del Laudo arbitral dictada por un tribunal de aquél país se antoja notablemente complejo, en un escenario que se complica además con los efectos que el Brexit pueda tener en el reconocimiento y ejecución de sentencias de otros Estados de la UE.

* * * * * *

[56] *The London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Ltd V (1) The Kingdom of Spain and (2) The French State - The "Prestige".* [2015] EWCA 2792 Civ. 333, Court of Appeal (Civil Division) on appeal from the High Court of Justice Queen's Bench Division (Commercial Court), Mr. Justice Hamblen [2013] EWHC 3188 (Comm).

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia FICP.

~Los delitos de odio~

INTRODUCCIÓN

El afán de protección de aquellas personas más vulnerables de nuestra sociedad, entre las que se encuentran, sin duda alguna las potenciales víctimas de la discriminación y el odio, ha llevado a las legislaciones internacionales y europeas a regular con una mayor punidad aquellos delitos en cuya motivación comisiva se encuentra el odio, la violencia, y la provocación a la discriminación.

Pese a que en nuestro Código Penal no regula los delitos del odio en un Título o Capítulo específico, sino que tales se encuentran dispersos por dicho texto legal, siguiendo una clasificación en función del bien jurídico protegido, con la reciente reforma del Código Penal del año 2015, nuestro legislador ha reconfigurado totalmente la regulación de los delitos relacionados con manifestaciones de odio, hostilidad, discriminación y violencia hacia determinados grupos u individuos por razón de su pertenencia a los mismos.

El discurso del odio o "hate speech" es definido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa como "toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia".

El legislador español traza el concepto de dignidad de la persona como principio informador de todo nuestro ordenamiento jurídico configurado como un mínimo invulnerable, y ello porque la esencia misma del ser humano debe ser respetada siempre y ponderada junto con el resto de derechos. No es baladí el incremento de procedimientos que se viene produciendo en los últimos tiempos en nuestro país relativos por ejemplo a la difusión del discurso del odio o la incitación de actos de tal naturaleza a través de las tecnologías de la información y la comunicación, así se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016, donde señala 40 registros de estos procedimientos, y manifiesta como se percibe la creciente e imparable *incidencia de la utilización generalizada de estas herramientas con objetivos discriminatorios y de humillación y hostigamiento frente a los que son diferentes, y la necesidad de combatir*

duramente estas conductas para evitar que las enormes posibilidades que ofrecen estas tecnologías sean utilizadas perversamente poniendo en riesgo valores esenciales de nuestro Estado de Derecho como el pleno respeto a la dignidad de las personas y la vigencia del principio de igualdad de todos los seres humanos.[1]

I. LOS DELITOS DE ODIO

Para la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), que reúne un total de 57 países de Europa, Norteamérica y Centro de Asia, el delito de odio se define como:

«Toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la "raza", origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos».

El Ministerio del Interior define los delitos de odio como todas aquellas infracciones penales y administrativas cometidas contra las personas o la propiedad por cuestiones de "raza", etnia, religión o práctica religiosa, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, por razones de género, situación de pobreza y exclusión social o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas.[2]

La Ley Orgánica 1/2015 ha llevado a cabo una ampliación del artículo 510 CP y se configura como base fundamental y aglutinadora del grueso de las conductas susceptibles de sanción penal por conductas racistas o xenófobas en España, y tipifica dos grandes grupos de conductas:

- las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, con una mayor penalidad.

- los actos de humillación o menosprecio, así como el enaltecimiento y justificación de los delitos cometidos contra tales grupos o sus integrantes con una motivación discriminatoria.

[1] Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada en 2016.p.608.

[2] Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España. 2015, p.3. Enlace: http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Informe+Delitos+de+Odio+2015.pdf

Además con la reforma del Código Penal se han añadido conceptos novedosos como la hostilidad, menosprecio, humillación y descrédito, a los ya existentes de odio, violencia y discriminación. Regula los supuestos en los que estos delitos se cometan a través de Internet u otros medios de comunicación social de gran difusión, y ello por la pretensión de luchar contra la propaganda racista y el discurso del odio en Internet.. [3]

Podemos afirmar que el art. 510.1 CP es un precepto que constituye, junto a otros, uno de los más destacados instrumentos político-criminales para la lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia y toda discriminación por razón de ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, del sistema penal español.

No es casual que uno de los principales bastiones de la Política criminal española en la lucha contra la discriminación esté representada por un precepto en el que se castiga el odio, la violencia, y la provocación a la discriminación, ya que en gran parte, el incremento de tipificación de estas conductas trae causa de los compromisos internacionales asumidos por los Estados en la lucha común contra el racismo y la xenofobia, entre los que cabe destacar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), y la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, lo que ha supuesto que en los últimos tiempos hayan ido arraigando en numerosas legislaciones la tesis de que la lucha penal contra la discriminación debe realizarse, esencialmente mediante la tipificación de conductas de provocación o incitación a la violencia, la discriminación o el odio racial, homófobo, etc.[4]

Analizando el nuevo art. 510 del C. Penal, vemos como los tipos delictivos que ahora se regulan ya habían sido discutidos en nuestro país por la doctrina desde los precedentes más lejanos de la democracia, y ello porque existían dificultades conciliatorias con los principios básicos del Derecho penal, y muy especialmente con el principio de intervención mínima y de injerencia extralimitadora del Derecho Penal, y

[3] Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España. 2015, p.4-5.

[4] GÓMEZ MARTÍN, V. Incitación al Odio y Género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC). 18-20, 2016, pp .2-3. ISSN 1695-0194

de otro lado por la posibilidad de que algunos de ellos puedan contravenir derechos constitucionales como la libertad de expresión del artículo 20 de la Constitución Española.

La doctrina penal ha discutido ampliamente dicha cuestión analizando si los anteriores artículos 510 y 607.2 Código Penal suponían una intervención injustificada del ius puniendi del Estado y en consecuencia, violaban la libertad de expresión, siendo la opinión mayoritaria partidaria de considerar que tal derecho fundamental encuentra sus límites en manifestaciones innecesarias que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro, correspondiéndose tal opinión doctrinal con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos . [5]

El debate, sin embargo no está finalizado porque debe deslindarse de forma adecuada el plano de la libertad de expresión del de la inocuidad, ya que una sociedad democrática exige la defensa de los distintos discursos políticos , no siendo factible castigar la mera expresión de una ideología política aunque ésta sea antidemocrática. Además no deben descuidarse las consecuencias que para el Estado Democrático de Derecho puede conllevar el que se ha denominado «efecto desaliento», en el sentido de que exponía la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999, al referir que una reacción penal excesiva puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión o de información, "… ya que sus titulares sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada", por lo que exige proporcionalidad en la reacción penal. [6] Así, el propio TC señala que con la medida punitiva se persigue desalentar la ejecución de un comportamiento reprochable, pero una pena excesiva o desproporcionada puede generar otros efectos, que podrían calificarse como concomitantes o colaterales, y que desalentarían el ejercicio legítimo de los derechos a la libre expresión e información, y a la participación en los asuntos públicos, lo que tiene una indudable trascendencia ya que cuando la conducta lícita en ejercicio de un derecho fundamental se desalienta, se

[5] RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. UNED Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCrim), 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014), p. 174

[6] STC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999. Recurso de amparo 5.459/1997 (avocado al Pleno). Contra Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que condenó a los recurrentes como autores de un delito de colaboración con banda armada. Vulneración del derecho a la legalidad penal: principio de proporcionalidad. Votos particulares. BOE 197de 18 de agosto de 1999.

plantea un grave problema desde la óptica de que los poderes públicos no pueden desanimar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que se encuentran por el contrario obligados a promoverlo.[7]

Iniciando un estudio más detenido del actual art. 510 del C. P. se observan que en el mismo se incluyen tres clases distintas de delitos, que son los delitos de odio, delitos de discriminación y delitos de racismo y xenofobia. En cuanto al sujeto pasivo de tales conductas el mismo es común, ya que está referido a un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, siempre que la conducta de que se trate se realice por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Se añade con la nueva regulación la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada, aunque por razón de su adscripción al grupo, o parte del grupo, en cuestión; así mismo se introducen matizaciones respecto a la descripción del elemento subjetivo que forzosamente deben concurrir en la actuación del sujeto activo del delito. También se añade el concepto de *la identidad sexual* frente al anterior de *orientación sexual*, por lo que extiende la punición a supuesto de transfobia, y sustituye el término *minusvalía* por el de *discapacidad*, ello en consonancia con la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

El tipo básico está regulado en el art. 510.1 del C.Penal y señala tres conductas punibles:

a) En el apartado a) se castiga el fomento, la promoción o incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo (un grupo o individuos pertenecientes a él por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad); en estos supuestos se convierten en delito autónomo aquellos actos

[7] DE DOMINGO PÉREZ, T. La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento».Dialnet. Revista de estudios políticos, ISSN 0048-7694, Nº 122, 2003, p.151.

preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios.

b) En el apartado b) se pune la producción, elaboración, posesión para la distribución, facilitación de acceso a terceros, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier material o soporte con contenido idóneo para la realización de la conducta anterior.

Estas conductas no tienen precedente en el Código Penal anterior a la reforma de 2015, y castiga comportamientos preordenados a la realización de la conducta. Serían comportamientos previos a los de la letra anterior y constitutivos de un menor desvalor jurídico-penal.

c) En el apartado c) del 510.1 se castiga a los que públicamente nieguen, trivalicen de forma grave o enaltezcan los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, delitos tipificados consecutivamente en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV de nuestro Código Penal, y también encuentra punición los que enaltezcan a sus autores.

En el apartado 2 del art. 510 se regulan los tipos atenuados, castigando dos tipos de conductas con una pena más leve que en el anterior apartado, ya que reduce la pena de prisión estableciendo el arco punitivo de seis meses a dos años, dejando invariable la extensión de la pena de multa, salvo en el caso de que se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos, en cuyo caso los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses,[8] estableciendo por tanto este último párrafo del 510.2.b) el tipo atenuado agravado.

Así la letra a) del 510.2 sanciona la lesión a la dignidad de las personas mediante actos que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos ya mencionados o de individuos pertenecientes a ellos por los mismos motivos enumerados en el apartado primero del precepto. Se incluye igualmente la producción, elaboración, posesión o difusión de materiales idóneos para causar una lesión a la dignidad de las personas a través de ese tipo de conductas.

En la letra b) del 510.2 se castigan los actos de enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o de difusión de los delitos que hubieran sido

[8] RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ. S. RDPCrim, 12, 2014, pp. 168-183.

cometidos contra un grupo o parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a éste por los motivos referidos anteriormente, así como el enaltecimiento de quienes hubieran participado en la ejecución de esos delitos .

Estos hechos se castigan con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses cuando promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos, constituyendo, como hemos dicho, el tipo atenuado agravado.[9]

Los tipos cualificados agravados se recogen en los puntos 3 y 4 del art.510.

Así en el nuevo art. 510.3 CP se tipifica un tipo agravado consistente en la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados precedentes del precepto a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que se haga accesible a un número elevado de personas.

De la lectura del precepto se observa que ya se refiere a que la conducta en cuestión se realice "públicamente" o "por cualquier medio de expresión pública" en otros apartados, por lo que en este caso del art. 510.3, la publicidad no se refiere a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a aquellos sistemas adecuados para llegar a un número masivo de personas, y en esa línea la referencia a "Internet" o el "uso de tecnologías de la información" alude a medios tales como webs, blogs, redes sociales o sistemas tecnológicos similares. Se refiere también el precepto a un "medio de comunicación social", debiendo entender en este caso que se exige que el empleo del medio haga los hechos accesibles a un elevado número de personas, tal como pueden ser medios de comunicación como la televisión, la radio o la prensa escrita.

Por su parte el tipo agravado que se prevé en el 510.4 viene referido a supuestos en que cualquiera de las conductas previstas en los apartados anteriores resulte objetivamente adecuada para alterar la paz pública y para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.[10]

El 510.5 establece la imposición de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior

[9] ALASTUEY DOBÓN C. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. REDPC, 18-14, 2016, p.3

[10] GÓMEZ MARTÍN, V. RECPC, 18-20, 2016, pp. 15-16.

entre tres y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, numero de actos cometidos y circunstancias concurrente.

El art. 510.6 a modo de consecuencia accesoria del delito, impone la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquiera otros soportes utilizados para la comisión de los delitos de los apartados anteriores; y cuando el delito se haya cometido a través de las tecnologías de la información y comunicación, impone al juez que se acuerde la retirada de los contenidos. En caso de portales de acceso a internet a través de los cuales se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, deberá ordenarse el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación de éste.

Esta regulación se aleja de las propuestas de lege ferenda que se habían planteado por la doctrina antes de la reforma y también en cierto modo respecto de los criterios jurisprudenciales que comenzaban a asentarse, por lo que cabe entender que el legislador de 2015 ha ido en la dirección opuesta a la que se venía demandando. Resulta llamativo que por ejemplo se haya vuelto a regular la figura de negación del genocidio, que fue declarada inconstitucional en la STC n.º 235/2007, pero la reintroducción en el Código penal de la negación del genocidio se realiza conforme a la exigencia de que las conductas supongan una incitación al odio o a la hostilidad contra determinados grupos de personas.

Para justificar la reforma el Preámbulo de la LO 1/2015 alega como argumento principal la necesidad de adaptar la regulación española a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Sobre la materia se viene apreciando en distintos textos penales internacionales una tendencia expansiva, siendo el art. 510 reflejo de ello. La Decisión Marco ciertamente faculta una regulación penal como la vigente, de ninguna forma obliga a una trasposición de su contenido en los términos en que se ha llevado a cabo donde el legislador ha pecado por exceso a la hora de la transposición.[11]

[11] ALASTUEY DOBÓN, C. REDPC, 18-14, 2016, p.4-5

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ART. 22.4 DEL CÓDIGO PENAL.

El vigente artículo 22. 4º del C. Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, establece que son circunstancias agravantes:

"Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.".

Las agravantes son aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que cuando concurren en la comisión del delito agravan la pena.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1995 de 11 de mayo, que reformó el Código Penal de 1973, fue cuando la circunstancia agravante del art. 22.4 del C.P. fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. La referida Ley Orgánica 4/1995 de 11 de mayo, señalaba en su Exposición de Motivos la introducción de la nueva agravante en delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para su comisión sea el racismo, el antisemitismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima, justificando su inclusión ante la proliferación de episodios racistas y antisemitas de ideología nazi que se habían producido en Europa.

Posteriormente el Código Penal de 1995 tipificó la difusión de ideas y opiniones xenófobas, así como la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes que los practicaren.

Por su parte la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio introdujo en la circunstancia agravante del art. 22.4 del Código Penal la identidad sexual junto a la orientación sexual, así como la discapacidad o enfermedad en lugar del término minusvalía que se venía utilizando.

Con la última reforma operada en el Código Penal tras la publicación de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo se completa el elenco con la agravante de *razones de género,* considerando que el género puede ser base de acciones discriminatorias distinto del que abarca la referencia al sexo.[12]

[12] CHACÓN LEDESMA, L. Delitos de odio y discriminación en el Código Penal. I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio. Córdoba. Noviembre 2016. Enlace:

Esta evolución legislativa en la circunstancia agravante se justifica al importante incremento de agresiones cuya motivación tiene su fundamento de forma exclusiva en la discriminación, por lo que la agravación penal de estas conductas se ha ido adaptando a las necesidades concretas de la sociedad, lo que ha provocado que paulatinamente se hayan ido introduciendo nuevos motivos discriminatorios ante el aumento de la comisión de hechos punibles movidos por tales discriminaciones; indicio de que es una política penal estrechamente vinculada a la opinión pública y a la voluntad de evitar actuaciones genocidas o discriminatorias.

Al cometer delitos por motivos discriminatorios se lesiona además del bien jurídico protegido por el delito concreto, otro bien jurídico distinto que justifica ese plus de protección y que se traduce en una mayor punición.[13]

Merece realizar una reflexión respecto a la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, y señala en su Fundamento de Derecho SEXTO que esta circunstancia agravante ha sido objeto de distintas críticas doctrinales ya que se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, y ello impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, así como delimitar, en términos de seguridad jurídica, qué es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, entendiendo que en estos supuestos nos introducimos en un terreno valorativo que se presta a la discrecionalidad, ya que lo que característico de la circunstancia del 22.4 del C. Penal es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo que lleve a la comisión delictiva. Y señala la Sentencia que "… por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que solo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución."

Así la jurisprudencia del T. Supremo que se fija en la referida sentencia se basa en lo positivo de la incorporación de la agravante, al ser valores esenciales de la convivencia el antirracismo, antisemitismo o tolerancia ideológica y religiosa, y la necesidad de que el derecho penal asiente tales valores en la sociedad, empero, de igual

http://federacionkamira.es/wp-content/uploads/2017/01/PONENCIA-LUCIA-CHACON-Examen-de-los-tipos-espec%C3%ADficos.pdf

[13] GAINZARAIN JALÓN, P. La agravante genérica incorporada por la LO 1/2015, de 30 de marzo: cometer el delito por razones de género. TFG Universidad Navarra.2016,p.18-19

forma no pueden vulnerarse los postulados de seguridad jurídica por lo que deberá determinarse de forma precisa que ese y no otro, ha sido el móvil delictivo; de esta forma se evitará una aplicación indiscriminada de la referida circunstancia agravante, y ello pese a que algunos hechos ofendan valores esenciales de la convivencia.

Por ello, señala la Sentencia que para la aplicación de la circunstancia agravante del art. 22.4 del C.P. *"...será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE . Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil especifico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. ".*

Por tanto debe señalarse que no en todo delito en el que la víctima pertenezca a otra raza, etnia o nación, o participe de otra ideología o religión o condición sexual, tenga necesariamente que ser aplicada la agravante.

Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito como señala la referida Sentencia.[14]

En cuanto a la naturaleza jurídica de la agravante, la postura mayoritaria y que se plasma en la referida sentencia es que la agravación afecta a la categoría de la culpabilidad, pero la ubicación de la agravante del art. 22.4 CP en esta categoría ha sido interpretada en el sentido de que a la sanción correspondiente por el delito cometido, debe añadírsele una sanción más al haber cometido el delito por motivos discriminatorios, por tanto, al reproche correspondiente al delito en cuestión, se añade, de aplicarse a ese delito la circunstancia agravante, un reproche adicional por lo indigno de la motivación, en este sentido la SAP de Zaragoza n1 325/2012 de 26 de noviembre. Pero esta postura ha recibido críticas al considerarse una manifestación del denominado "Derecho penal de la actitud interna".

[14] Sentencia nº 1145_2006 de TS, Sala 2ª, de lo Penal, 23 de Noviembre de 2006 Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Ramón BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE - Jurisprudencia - VLEX 26220986_files

Así se añade un reproche penal al ya previsto para el delito en cuestión por la única razón de haber sido cometido con una determinada motivación, por lo que se sanciona la motivación en sí misma, lo que pudiera parecer que atacar la libertad de pensamiento y por ende a los propios fundamentos del Estado liberal.

Por todo ello, se han planteado alternativas de ubicación de la agravante del 22.4 en otra categoría distinta a la de la culpabilidad sin restar importancia al hecho de que estamos ante un mayor injusto subjetivo.

Cabe concluir en el sentido que lo hace el Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Madrid o la doctrina mayoritaria, y considerar que "el artículo 22.4ª CP tiene como fundamento el principio de igualdad entre todos sean cuales sean nuestras condiciones personales y, por tanto, que lo que hay que probar para su aplicación es si el autor actuó guiado por su prejuicio y su odio hacia un estereotipo caracterizado por una de las condiciones personales de la víctima que enumera el precepto.

Debe atenderse a los motivos para aplicar la agravante puesto que así lo ha plasmado expresamente el legislador, sin que pueda aducirse que la motivación no puede probarse a la vista de la literalidad el precepto que refiere motivos racistas, antisemitas… [15]

1. Las razones de género en la agravante del art. 22.4 del Código Penal

En relación a la introducción de la agravante de género en el art. 22.4 del C. Penal, el Preámbulo de la LO 1/2015, señala que en un precepto en el que ya se encontraba prevista la referencia al sexo, la orientación sexual y la identidad sexual, la presencia ahora del género tiene sustantividad propia, así señala que la razón de la inclusión del género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22, es que *el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.*

[15] DÍAZ LÓPEZ, J.A. La reforma de la agravante genérica de discriminación. Artículo litigacionpenal.com/es/reforma-agravante-genérica-discriminación. 2015.

Ello se corresponde, además, con la realidad social de nuestro país, que pese al avance llevado a cabo en esta materia, sigue siendo la propia de un país con preocupantes signos de machismo y de violencia en el ámbito de la violencia de género.[16]

La LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género, que entró en vigor el 30 de junio de 2005, selecciono determinados tipos penales a los que les agravó la pena por estar cometidos en el ámbito de las relaciones discriminatorias entre hombres y mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja, pero esa opción dejó fuera otros delitos realizados en ese mismo ámbito, tales como las lesiones físicas o psíquicas habituales, el homicidio, los llamados "delitos de odio", etc., laguna jurídica que se subsana con la introducción de la nueva agravante de género en la Parte General del Código Penal, referida a motivos relacionados con la discriminación hacia la mujer, lo que permite aplicarla cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca una actuación delictiva cuya finalidad sea la discriminación a una mujer por razones de género, pues debe tenerse presente, que tal discriminación se produce también en ámbitos distintos a los de la relación de pareja tales como, prostitución forzosa, explotación laboral, agresiones y abusos sexuales del ámbito familiar, homicidios, malos tratos físicos y psíquicos, coacciones, amenazas.

Con esta inclusión de la agravante de género el legislador asume las recomendaciones realizadas por las Conferencias Internacionales de Naciones Unidos que promueven la utilización de la palabra "género" en las legislaciones de todos los Estados, y ello con la finalidad de dejar patente que las desigualdades entre hombres y mujeres construidas históricamente, lo han sido exclusivamente como consecuencia de cuestiones culturales y, desde luego, no por razones o diferencias biológicas. De esta forma queda establecida definitivamente la diferencia entre el término *sexo* que se refiere a diferencias biológicas, y el término "género" que está referido y se conecta con el principio de igualdad, y que expresa las discriminaciones creadas socialmente en función de unos parámetros culturales que deben abolirse en aras a la consecución de la igualdad real entre hombre y mujeres[17].

[16] GÓMEZ MARTÍN, V. RECPC, 18-20, 2016, p.18.

[17] COMAS D'ARGEMIR CENDRA, M. Regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del artículo 510 del Código Penal ante la libertad de expresión. IX Jornadas de Justicia Penal Internacional y Universal Prevención y lucha contra los delitos de odio y todas las formas

III. CONCLUSIONES

Como hemos visto se ha pretendido con la reforma de 2015 mejorar el texto anterior que había regulado los delitos del odio, y que conforme la jurisprudencia de la Sala 2ª del T. Supremo, del Tribunal Constitucional y distintos sectores doctrinales daba mayor prevalencia a derechos como la libertad de expresión, lo que provocaba que determinadas conductas motivadas por el odio quedaran impunes. La situación de estos delitos del odio frente a otros derechos fundamentales como la libertad de expresión siguen estando en una posición de confrontación pese a las argumentaciones esgrimidas en el Preámbulo de la Ley 1/2015.

Pero sea como fuere y pese a las críticas sobre el exceso cometido por el legislador en la nueva redacción del art. 510 del C. Penal que pudieran tirar por tierra el garantismo penal, y la realidad de que se ha producido un exceso en la punición de algunas de las conductas contempladas en el precepto, que sin duda suponen una superación y desbordamiento de las directrices de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2008 en la que se inspira, lo cierto es que la norma superó los filtros del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal; claro que ello no empece para que pueda aún superar otros controles como los del Tribunal Constitucional e incluso del TEDH.

No obstante y pese a lo anterior, el discurso que genera odio y la discriminación no puede verse amparado por los derechos constitucionales de libertad de expresión, libertad ideológica o de conciencia, vaciando de contenido los primeros, postura que avala la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

Merece la pena concluir con unas palabras para la reflexión, publicadas por el TS tras el fallo de la STS 259/2011, Sala 2ª de lo Penal, de 12 de Abril de 2011 ("Librería Kalki") que absolvió por los delitos del art. 510.1, 51.5.2 y 607.2 CP a los acusados que habían sido condenados en primera instancia: "*El eterno debate del Derecho Penal moderno, que desembocó en la máxima de que sólo se castigan los actos y no las ideas o las personas en si mismas consideradas, se pone a prueba en los delitos del odio, ya que, indudablemente, son las ideologías del odio las reprobables penalmente. El adelanto de la barrera punitiva que suponen los tipos penales de estas características*

de intolerancia. Centre d´Estudis Jur´dics i Formació Especialitzada.Generalitat de Catalunya.2016, p.3-4.

no debería ser neutralizado al amparo de una libertad de expresión, que, en definitiva y para estas ideologías, forma el caldo de cultivo del odio y que, tarde o temprano, se traduce en horrendos crímenes como los recientes atentados de Noruega (julio 2011), ante la impávida mirada de un Derecho Penal que no pudo realizar unas de sus funciones básicas como es la de prevenir el delito y que se muestra impotente ante una adecuada represión del mismo".

* * * * * *

Prof. Marta Escudero Muñoz

Profesora asociada de la Univ. Carlos III de Madrid. Abogada Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia FICP.

~Aplicación retroactiva a delitos de terrorismo perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 2/2015, de 30 de marzo~

Resumen.- En el presente comentario trata de analizar la aplicación retroactiva del artículo 579 bis 4 del Código Penal atenuatorio de la pena en relación a los delitos terroristas. Y ello a la luz de la respuesta que da el Tribunal Supremo en la Sentencia 146/2017, de 8 de marzo que desestima el recurso y la reciente Sentencia de 5 de abril de 2017, que lo estima, aplicando en ambos casos el Pleno no Jurisdiccional para unificación de doctrina celebrado el 24 de noviembre de 2016.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se van a plantear varias cuestiones en orden a determinar los parámetros que han de seguirse para aplicar o no el precepto atenuatorio del artículo 579 bis 4 del CP a delitos anteriores a su entrada en vigor el pasado 1 de julio de 2015. Para ello, debemos preguntarnos si dicho precepto se aplica a todos los delitos relacionados con el terrorismo, las recientes respuestas que ha dado el Tribunal Supremo en sentencias dictadas en 2017 y los criterios tenidos en cuenta en dichas sentencias para desestimar[1], en un caso, la aplicación retroactiva del precepto y para estimarlo en la sentencia mas reciente[2].

II. BREVE RELACIÓN DE LOS DELITOS TERRORISTAS CONFORME LA LO 2/15 DE 30 DE MARZO

Después de seguir un trámite parlamentario al de la LO 1/15 de 30 de marzo de reforma del Código Penal, se aprobó la LO 2/2015, publicada en el BOE de 31 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015. Conforme al Preámbulo de la Ley Orgánica 2/15 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, en materia de delitos de terrorismo, el terrorismo actual se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados.

[1] Vid. Sentencia del TS de 146/2017, de 8 de marzo.
[2] Vid. Sentencia de 5 de abril de 2017.

El artículo 573 de LO 2/15 de 30 de marzo tipifica el delito de terrorismo: "1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo".

En el resto de supuestos, las penas aumentan considerablemente. Así, en los secuestros, si no se da razón del paradero de la persona desaparecida, la prisión será de 20 a 25 años (antes de 20 a 30); si se produjera un aborto o lesiones, de 15 a 20 años (antes de 10 a 15). Como novedad recogida por primera vez en esta Ley, se agrava la pena si la víctima es un funcionario de Prisiones, equiparándolo así a los agentes policiales y a los militares.

El artículo 574 establece la tipificación de todas aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera colocación o empleo de los mismos, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el artículo 573.1. Se recoge de manera particular la agravación de la pena (de 10 a 20

años de prisión) cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.

El artículo 575 tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de Internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero. Todas estas conductas se castigarán con una pena de 2 a 5 años.

El artículo 576 establece la pena básica de prisión de 5 a 10 años y multa del triple al quíntuplo de su valor para las conductas relacionadas con la financiación del terrorismo incluyendo a quien, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo. La tipificación incluye las formas imprudentes de comisión del delito, como la negligente omisión de los deberes emanados de la normativa sobre blanqueo de capitales y prevención de la financiación del terrorismo. Se prevé, además, la responsabilidad penal para las personas jurídicas por estos delitos.

El artículo 577 recoge la tipificación y sanción (prisión de 5 a 10 años y multa de 18 a 24 meses) de las formas de colaboración con organizaciones o grupos terroristas o que estén dirigidas a cometer un delito de terrorismo. Se contemplan específicamente las acciones de captación y reclutamiento al servicio de organizaciones o fines terroristas, agravando la pena cuando se dirigen a menores o a personas necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata.

En los artículos 578 y 579 se castiga con prisión de 1 a 3 años y multa de12 a 28 meses el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. La pena se agrava en el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos

accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces pueden acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos.

El artículo 579 bis incorpora, siempre que se den las circunstancias enumeradas en dicho precepto, las penas de inhabilitación absoluta y la novedosa pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia. Se prevé la posibilidad de atenuación de la pena a quienes hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y colaboren con las autoridades y también en el caso de que el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, precepto sobre el que vamos a tratar en esta exposición.

El artículo 580 prevé en relación a la persiguibilidad, que los delitos de terrorismo serán perseguibles en España siempre que el culpable sea español, resida habitualmente en territorio español o se encuentre en España, con independencia de que sean o no punibles en el lugar de ejecución. Asimismo, se contempla que, en todos los delitos de terrorismo, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

III. LA RETROACCIVIDAD PENAL DE LA LEY MAS FAVORABLE

El artículo 9.3 de la CE establece "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables". El principio de legalidad de los delitos y de las penas impone como regla general la irretroactividad de la ley penal, especificando el artículo 2 del CP: "1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad. 2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario".

No rigen en materia penal reglas especiales sobre la promulgación y entrada en vigor de las leyes (cfr. art. 91 CE y art. 2.1 CC). Para su derogación también rigen las reglas generales (art. 2.2 CC) por otras leyes o por las sentencias del TC, cuando éste declara en una sentencia la inconstitucionalidad de la ley penal[3].

Como hemos visto antes una de las prohibiciones derivadas del principio de legalidad es la irretroactividad de la ley penal (art. 9.3 y 25.1 CE). Esta prohibición se convierte en el centro básico de la cuestión de la aplicabilidad de la ley penal en el tiempo, que tiene en cualquier caso que garantizar la seguridad jurídica, ya que los ciudadanos no pueden ser sorprendidos *a posteriori* con una norma desconocida.

La imperiosa exigencia de predeterminación normativa, de *lex praevia* y *lex certa*, conlleva lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal que tipifica una conducta.

En la sucesión de las leyes en el tiempo, se producen los problemas referentes a la retroactividad o irretroactividad. Examinemos las situaciones posibles siguiendo al profesor RODRÍGUEZ RAMOS[4]:

- Que en la ley nueva se considera delictivo un hecho que en la antigua no era delito. La nueva ley no puede tener efectos retroactivos, y aplicarse a sucesos acaecidos durante la vigencia de la ley anterior derogada.

- Que en la nueva ley se agravan las consecuencias previstas en la antigua o se amplía su ámbito aplicativo, la primera no puede tener efectos retroactivos; y los hechos deben seguir enjuiciándose con arreglo a la ley anterior.

- Que en una nueva ley deja de considerarse delictivo un hecho que estaba penado hasta entonces, sí tiene efectos retroactivos.

---

[3] Sentencias del Tribunal Constitucional 133/1987, de 21 de julio; 61/1990, de 29 de marzo; 95/1992, de 11 de junio; 21/1993, de 18 de enero, y 234/2007, de 5 de noviembre, sobre la irretroactividad de las leyes penales.

[4] RODRIGUEZ RAMOS, L., Código Penal (5.ª edición), concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, La Ley, Madrid, 2015, pág. 80 y ss.

- Que en la nueva ley se castiga un hecho con menos pena que en la anterior, aquélla si tendrá efectos retroactivos.

- Sin embargo, sí que cabe la retroactividad de las leyes penales favorables (art. 2.2 inciso 1º del CP).

IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La Sala 2ª del Tribunal Supremo ya evaluó la oportunidad de la atenuación de la pena en el mismo caso que hoy contemplamos. Fue en la Sentencia 146/2017, de 8 de marzo, si bien - por el contenido del propio recurso- el análisis se limitó, únicamente, a la pena que se impuso por el delito de integración en organización terrorista a un copartícipe que, integrado en la misma organización que los recurrentes denominada "*Resistencia Gallega",* portaba tres termos que contenían en su conjunto más de 5 kilogramos de explosivo y en cuya posesión fue detenido.

En aquella resolución, el Tribunal Supremo desestimó el recurso que se había interpuesto contra la decisión de la Audiencia Nacional en la que denegó la revisión de la pena impuesta por el delito de integración en organización terrorista, para lo que expresamente indicaron:

«Los parámetros que habilitan a una reducción, en uno o dos grados, de la penalidad procedente son la menor gravedad atendiendo a los medios y al resultado producido. Como dijimos, en el delito de integración, al tratarse de un delito de mera actividad el presupuesto del resultado no tiene la relevancia del de los medios empleados. En el caso de esta casación el fáctico no evidencia de forma objetiva una menor gravedad. Se trata de un integrante de una organización terrorista que es detenido portando, no solo cartelería y medios reveladores de su pertenencia e integración, en una banda terrorista, también la llevanza de medios materiales que indican la gravedad de la conducta. Nos referimos a los tres termos conteniendo, los tres, más de 5 kilogramos de explosivo, con los que fue detenido, y a la olla a presión con los más de tres kilogramos de explosivos que tenía alojada en su vivienda y que aparecen en un registro domiciliario en condiciones de ser empleados en cualquier momento, con una potencialidad lesiva verdaderamente importante.

El tipo penal de la integración en banda armada no distingue entre las distintas bandas que operan en nuestro país y su respectiva caracterización. El Código señala una pena y ha añadido la posibilidad de una reducción penológica para los casos que

evidencian una menor gravedad en el hecho, no a la categoría de la organización terrorista. De ahí que la conducta declarada probada, la integración en una banda terrorista de una persona que al tiempo de su detención lleva, además de cartelería y medios divulgativos de su actividad, explosivos en condición de ser utilizados y empleados, con la potencialidad daños para bienes jurídicos, no pone de manifiesto una menor gravedad que merezca un menor reproche en la consecuencia jurídica".

Los criterios que arguye para la reducción de la pena son los mismos que ya tuvo en cuenta esta Sala en su Sentencia para la conformación de la penalidad correspondiente a los delitos teniendo en cuenta que la sentencia de instancia al que se refería no había motivado la individualización.

V. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE ABRIL DE 2017

En primer lugar, haré mención a los hechos, para después analizar los argumentos que sigue el Alto Tribunal y finalmente exponer la decisión que toma estimando el recurso.

En relación a los hechos, mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2016, la representación procesal de Cecilio , Francisco , Alonso y Sofía ha solicitado conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (RCL 2015, 439 y 868) de modificación del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , la apreciación del articulo 579 bis 4 del Código Penal , introducido por tal reforma, y se revise las condenas impuestas a los referidos condenados imponiéndoles la pena inferior en dos grados a la ya impuesta. Evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal, consta en las actuaciones informe de fecha 1 de julio de 2016, interesando la desestimación de dicha pretensión. La Audiencia desestimó la pretensión objeto de la presente resolución, no habiendo lugar a la revisión de la sentencia pretendida.

La representación de Cecilio, de Sofía y de Alonso , formaliza un primer motivo de casación por infracción de ley (art. 849.1 de la LECRIM), contra el auto de la Sección 3.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de julio de 2016 , en el que se denegó la revisión de las penas que les fueron impuestas en su día, por los delitos de integración en organización terrorista, falsedad documental con finalidad terrorista y -en el caso de Cecilio -, también por el delito de tenencia de explosivos con finalidad terrorista. Entienden los recurrentes que la resolución rechaza

indebidamente la aplicación del artículo 579 Bis 4 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , introducido en la reforma operada por LO 2/2015 (RCL 2015, 440) **,**de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en materia de delitos de terrorismo.

Sostienen los recurrentes que la posibilidad contemplada en el artículo 579 Bis 4 del CP, de reducir en uno o dos grados la pena señalada a los delitos previstos en el Capítulo VII, del Titulo XXII, del Libro II , del Código Penal (que lleva por rúbrica "*De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo")*, cuando " *el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido* ", resulta aplicable a todas las figuras delictivas contempladas en dicho Capítulo, sin que pueda excluirse la menor gravedad en los supuestos de integración en una organización terrorista, por el solo hecho de que lo sea. Afirma que dada la gravedad de la pena mínima prevista para ese delito, cabe considerar la posibilidad de que en algunos casos, aún apreciándose la integración en la organización terrorista, las funciones o misiones del sector de la organización en la que se integren o a la que pertenecen, o la actividad individual del acusado, revistan tan escasa importancia, que el hecho concreto de su integración personal en la organización pudiera considerarse objetivamente como un hecho de menor gravedad, que justificaría la aplicación del precepto. Entiende que esa debe ser la conclusión resultante para los delitos por los que se condenó a los recurrentes, pues precisamente el Tribunal Supremo, cuando conoció del recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria, minoró expresamente las penas al límite legal mínimo entonces contemplado, y lo hizo argumentando expresamente que *"Los acusados carecen de antecedentes penales y la organización terrorista a la que pertenecen se hallaba en fase incipiente y sin una consolidada estructuración con una incidencia limitada en la sociedad, lo que hace que conforme al amplio estudio de los informes periciales y alegaciones de los letrados sobre el impacto*

Es evidente que los motivos que expresó este Tribunal para justificar en su día la imposición de unas penas en la mínima extensión legalmente prevista, no tiene por qué suponer que haya de llevarse la punición a grados inferiores, si no se cumplen las circunstancias de las que se ha hecho depender la minoración añadida que faculta el nuevo artículo 579 Bis 4, introducido por la LO 2/2015 (RCL 2015, 440) , cuando indica que: *"Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias*

concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido" .

Siguiendo nuestra Sentencia 997/2016, de 17 de enero de 2017 (RJ 2017, 24), que sintetiza la postura de esta Sala en relación con la interpretación del alcance jurídico del nuevo párrafo 4º del art 579 bis del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , es conveniente rememorar en primer término el Pleno no Jurisdiccional para unificación de doctrina celebrado el pasado 24 de noviembre de 2016, que adoptó el siguiente acuerdo:

"*1°.- El nuevo párrafo 4° del art. 579 bis* C.P. introducido por la reforma operada por la LO 2/2015*, constituye una norma penal más favorable aplicable tanto a los hechos enjuiciados tras su entrada en vigor, como a los ya sentenciados, bien por la vía de la casación o bien mediante la revisión de sentencias cuando las condenas sean firmes, y estén ejecutándose.*

2°.- Como se establece expresamente en el texto de la misma, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VII, referido a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluidos los delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista sancionados en el art. 572.

3º.-Para la aplicación de esta atenuación podrá tomarse en consideración el dato de si la rama de la organización terrorista en la que se integra el acusado o condenado es precisamente aquella que realiza de modo efectivo la acción armada o atentado violentos, o una de las organizaciones dependientes que se integran en el entramado de la organización armada para cooperar con sus fines. En este último caso habrá de valorarse tanto la actividad que realiza el acusado o condenado dentro de la organización, grupo o sector en el que se integra, como la relevancia o entidad de las funciones o misiones que desarrolla este sector de la organización dentro del conjunto del entramado terrorista.

4°.- Sin que en ningún caso pueda estimarse que el mero hecho de que el sector de la organización en que se integra el acusado no utilice armas o explosivos ni realice atentados terroristas, determine por si solo la aplicación de la atenuación, siendo necesario evaluar caso por caso los criterios anteriormente señalados".

Un acuerdo que despejó un buen número de las cuestiones que aquí se suscitan, estableciendo:

1. En primer lugar, mantiene que el nuevo párrafo 4º del art 579 bis CP introducido por la reforma operada por la LO 2/2015 (RCL 2015, 440) constituye una norma penal más favorable aplicable tanto a los hechos enjuiciados tras su entrada en vigor, como a los ya sentenciados, bien por la vía de la casación o bien por la de la revisión de sentencias cuando las condenas sean firmes y se estén ejecutando. Lo que significa decir que procede la revisión de un modo imperativo -como ya había señalado esta Sala en STS 554/16, de 23 de junio (RJ 2016, 2862) -, en supuestos de sentencias firmes en fase de ejecución; del mismo modo que procede su aplicación retroactiva en fase de enjuiciamiento o casación (STS 716/2015, de 19 de noviembre (RJ 2015, 5192).

Esta posibilidad de atenuación, puede ser calificada, desde la perspectiva de su naturaleza, como subtipo atenuado (STS 716/2015, de 19 de noviembre (RJ 2015, 5192)) o como cláusula de individualización de la pena (STS 554/16, de 23 de junio (RJ 2016, 2862)), lo que en cualquier caso nos conduce a una solución idéntica, al tratarse de una previsión normativa que amplía, en el tramo mínimo, el ámbito de la penalidad por la apreciación de los presupuestos de menor gravedad en la acción o en el resultado, en atención a la necesidad de respetar el principio constitucional de proporcionalidad; lo que ya fue puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en su STC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999 (RTC 1999, 136) , referida al Caso " *Mesa Nacional de Herri Batasuna* ", al realizar una reflexión sobre la proporcionalidad referida específicamente a los supuestos de colaboración con banda armada, pero razonablemente extensible a las condenas por delito de participación o integración en organización o grupo terrorista.

Decía el Tribunal Constitucional: "*en términos generales, puede afirmarse que nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista. Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De*

otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables".

De este modo, en la STS 716/2015, de 19 de noviembre (RJ 2015, 5192), ya se señalaba que el Legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar esta posibilidad de atenuación punitiva para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad. El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción ("medio empleado") y al desvalor del resultado ("resultado producido"). En definitiva, nos encontramos ante una manifestación del principio constitucional de proporcionalidad, que debe ser valorada retroactivamente, atendiendo al desvalor de la acción y al desvalor del resultado.

2. En segundo lugar, como se establece expresamente en el texto de la norma, y se ha acordado en el Pleno no Jurisdiccional siguiendo sus propios precedentes, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VIII referido a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluyendo, por tanto, los delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista sancionados en el art 572 o los de mera tenencia de explosivos del artículo 574 del CP .

Así lo ha entendido la STS 546/2016, de 21 de junio (RJ 2016, 2784) , señalando que "*El* artículo 579 bis.4 del Código Penal *, incorporado por la reforma operada en ese cuerpo legal por la LO 2/2015 (RCL 2015, 440), dispone que los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.*

La literalidad del precepto, en tanto que se refiere a las penas señaladas en el Capítulo, permite entender que la previsión de reducción de la pena comprende tanto a los delitos tipificados en la Sección primera como a los que aparecen en la Sección segunda. Al mismo tiempo, configurando una decisión potestativa del Tribunal adoptada en consideración a una objetiva menor gravedad, impone atender a tres aspectos: las circunstancias concretas, los medios empleados y el resultado producido.

Sería posible entender que la alusión a los medios y al resultado restringen la posibilidad de aplicación a los delitos en los que tanto unos como el otro concurran y sean o puedan ser relevantes. De esta forma, quedarían excluidos los delitos de la Sección 1ª, relativos solamente a la integración en organización terrorista. Sin embargo, tanto la referencia expresa a las penas señaladas en el Capítulo, como la referencia genérica a las circunstancias concretas, permiten interpretar que la norma comprende todos los supuestos contemplados en el Capítulo, sin excepcionar los delitos de integración en organización terrorista".

Por otra parte, como señala la STS 554/16, de 23 de junio (RJ 2016, 2862), la posibilidad de atenuación por la menor gravedad no debe verse limitada por la expresión de los dos parámetros de la reducción penológica, los medios empleados y los resultados producidos, pues una interpretación literal del precepto haría que no fuera de aplicación a los tipos penales de mera actividad, que no producen un resultado como alteración de una realidad preexistente. En este sentido el término "medios empleados" ha de ser entendido como "modos de acción".

La respuesta que da la Sala al caso concreto hoy expuesto, y a la pluralidad de condenados que hoy recurren la misma denegación de revisar las penas, unido a una participación en los hechos que es bien diferente entre ellos, así como la multiplicidad de delitos por los que vienen condenados, obliga a un análisis fraccionado de la revisión que se postula, visto -como hemos dicho- que el artículo 579 Bis 4 invocado, busca la proporcionalidad punitiva en cada caso concreto, desde la evaluación del injusto del hecho y atendiendo al desvalor de la acción ("medio empleado") o al desvalor del resultado ("resultado producido").

Respecto del delito de participación en organización terrorista, al recurrente Cecilio se le impuso la pena de prisión en la mínima extensión de 6 años que contemplaba el artículo 571.2 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , en su redacción dada por LO 5/2010 (RCL 2010, 1658) . Y por más que para la imposición de la pena en su mínima extensión, esta Sala contempló la ausencia de antecedentes penales en el recurrente y que la organización terrorista a la que pertenecía se hallara en fase incipiente, estando su capacidad letal desprovista de la gravedad que propugnaban sus principios programáticos, la minoración añadida que ahora se reclama debería derivar de un desvalor de su acción que -por su levedad-, torne la mínima extensión legal de la prisión, en una pena desproporcionada para la que fue su participación. Algo

que no apreciaron. De un lado, porque su incorporación fue a una organización terrorista que establecía entre sus objetivos, no sólo determinados intereses económicos, sino a los propios integrantes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o a los partidos políticos estatales, precisamente por la función de éstos de canalizar la participación democrática en el Estado. Y describe el *factum* de la sentencia, además, no sólo que la organización ya había ejecutado diversos atentados, sino que contaban con material explosivo que -pese a su limitada fuerza expansiva- podía potenciar su capacidad letal mediante su acumulación cuantitativa o siendo introducido en otros recipientes que potenciaran su riesgo. De otro lado, la sentencia de instancia describe una incorporación del recurrente, significativa y medular en el desarrollo de las acciones más contundentes de la organización a la que se integró, pues los hechos probados recogen que fue el acusado quien entregó los tres termos conteniendo casi 6 Kg de sustancia explosiva (entregándoles con sistemas temporizados de ignición en perfectas condiciones para lograr una explosión), y fue en su domicilio dónde se encontró una olla conteniendo otros 3.200 gramos de material explosivo (con detonador, temporizador y en perfectas condiciones para la explosión), así como múltiple documentación falsa, no sólo a su nombre, sino también la que era precisa para facilitar la impunidad del resto de partícipes. Una circunstancia, ésta última, que excluye también la reevaluación de su pena respecto del delito de la falsedad documental con finalidad terrorista.

En lo que hace referencia al delito de tenencia de explosivos, la contemplación de su acción (por ser también un delito de mera actividad), permite constatar dos elementos que en modo alguno reflejan la desproporción punitiva en la que se asienta el recurso. De un lado, desde un parámetro de proporcionalidad, debe observarse que la mínima extensión de la pena que se le impuso en su día (6 años de prisión, conforme con el artículo 573 entonces vigente), resultaría inalcanzable tras la reforma legislativa que ha introducido la norma correctora cuya aplicación se pide; esto es, la LO 2/2015 (RCL 2015, 440) , que posibilita la minoración de pena recogida en el artículo 579 Bis 4, también ha establecido para la tenencia de explosivos con finalidad terrorista, la pena de prisión por un tiempo mínimo de 8 años de prisión y fija los 15 años como su límite máximo (art. 574 del CP). De otro lado, y en lo que a la concreta acción del recurrente se refiere, aunque es cierto que difícilmente puede pensarse en una sustancia explosiva de menor potencia esencial que la poseída por el acusado, ni su cantidad era

insignificante (más de 9 Kg en total), ni estaba carente de los elementos que permitían potenciar su capacidad lesiva o destructora, pues el propio relato de hechos probados de la sentencia desvela que podía aumentarse el alcance de su fuerza destructiva introduciendo el explosivo en un recipiente, y expresa -también- que esto fue lo que el recurrente hizo, pues la parte del explosivo que entregó a uno de los partícipes, se había introducido en tres termos precisamente metálicos, y el resto del explosivo que se ocupó con ocasión de la entrada y registro en su domicilio, se encontraba instalado en el interior de una olla de cocina y con los elementos precisos para ser detonado.

Por tanto, la Sala concluye estimando el motivo de casación, por infracción de ley, formulado por Sofía y Alonso, por indebida inaplicación del artículo 579 Bis 4 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Consecuentemente, declara la nulidad parcial del pronunciamiento que se contiene en el auto dictado por la Sección 3.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de julio de 2016, en su ejecutoria 5/2014, en lo que hace referencia a denegar la revisión de las penas impuestas a ambos recurrentes, y lo desestima respecto de Cecilio.

VI. CONCLUSIONES

En primer término el Pleno no Jurisdiccional para unificación de doctrina celebrado el pasado 24 de noviembre de 2016 parte de la base de que el artículo 579 bis 4 debe ser aplicado a los hechos anteriores a su entrada en vigor, al ser mas favorable ex artículo 2.2 del CP, que el tipo atenuado se aplica a todos los delitos relacionados con el terrorismo, que se debe de tener siempre en cuenta la actividad del sujeto activo en la organización y que habrá de estarse al caso concreto, sin que en ningún caso pueda estimarse que el mero hecho de que el sector de la organización en que se integra el acusado no utilice armas o explosivos ni realice atentados terroristas, determine por si solo la aplicación de la atenuación.

El Tribunal Supremo ha aplicado en las sentencias analizadas los criterios, que en síntesis he venido analizando, describiendo en la primera sentencia un supuesto de participación dentro de *la rama de la organización terrorista en la que se integra el acusado o condenado, es precisamente aquella que realiza de modo efectivo la acción armada* y de menor gravedad en el segundo supuesto.

VII. BIBLIOGRAFIA Y FUENTES

ALONSO-FERNÁNDEZ, F., Psicología del terrorismo: la personalidad del terrorista y la patología de sus víctimas, Barcelona, Ediciones Científicas y Técnicas, 1994.

ÁLVAREZ- GÁLVEZ, J./DÍAZ VALCÁRCEL, R., Acerca de la responsabilidad patrimonial del estado en los daños causados por el terrorismo, en L. L., 1895-3.

ARECHEDERRA ARANZADI, J. J., Psicopatología y conductas delictivas, International Marketing & Communication, Madrid, 1997.

— Psiquiatría y Ley, You & Us, Madrid, 2003-2004.

BACA BALDOMERO, E./CABANAS ARRATE, M.L., (editores), Las víctimas de la violencia: estudios psicopatológicos, Madrid, Triacastela, 2003.

BARRIO PRIETO, A., Compendio Legislativo de Condecoraciones Españolas, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 200.

BENEGAS, J. M., Diccionario de Terrorismo, ed. Espasa, Madrid, 2004

BERNARDI, A. "Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea". Polít. crim. [online], vol.5, n.9.

BILBAO, G., Víctimas del terrorismo y reconciliación en el Pais Vasco, Bilbao, Bakeaz, 2007.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J, La tabla de garantías de la víctima en el proyecto dE de reforma del proceso penal español, en Diario La Ley, Nº 8518, Sección Tribuna, 14 de Abril de 2015, Ref. D-145, Editorial LA LEY.

BRAGE CERDÁN, S., Cuadernos de Criminologia. La Criminología de la violencia, Santiago de Compostela, J.M. BoschEditor, 2013.

COBO DEL ROSAL Y OTROS, El Código Penal (con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004), Bosch, Barcelona, 2004.

— Instituciones de Derecho Penal Español, Parte General, CESES ediciones, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ COLLANTES, T., ¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable ?, en Revista de L'institut UniversitariD'investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV, Universidad de Barcelona, 2013.

CONDE PÉREZ, E., Terrorismo y legalidad internacional, Dykinson, Madrid, 2012.

DE MIGUEL, M. E., La asistencia respecto de las víctimas, coordenadas del Departamento de Justicia, en Eguzkilore, núm. 1462, 1987.

ETXEBERRIA, X., Dinámicas de la memoria y víctimas del terrorismo, Bilbao, Bakeaz, 2007.

— La participación social y política de las víctimas del terrorismo, Bilbao, Bakeaz, 2007.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, A, Ley 32/99, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, en Revista Aranzadi de derecho patrimonial, Nº 4, Sevilla, 2000.

FISCHER, H. A., Los daños civiles y su reparación, Madrid, Victoriano Suárez, 1928.

GARCÍA ANDRADE, J. A., Raíces de la violencia: un estudio sobre el mundo del delito, (el autor), Madrid, 1982.

GAROFALO, R., Indemnización a las víctimas del delito, Pamplona, Analecta, 2002.

HERMAN, J. Trauma y recuperación, Espasa Calpe, Madrid.

KAPLAN, A., La ética del Terror, en Eichelman, Soskis y Reids : Terrorism, American Psychiatric Asociation, Washinton, 1983.

LASARTE, C., Principios de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Marcial Pons, 2007.

— Manual de autoayuda para víctimas de atentados terroristas, Madrid, Asociación de Víctimas del Terrorismo, 2004.

LAMARCA PÉREZ, C., El tratamiento jurídico del terrorismo, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Colección Temas Penales, serie A, número 3, Madrid, 1985.

LIDÓN J.M., (Coord.)/RIOS MARTÍN, J. C., La pena de prisión permanente revisable. La suspensión sustitución de la pena, en Algunas cuestiones relativas a las reformas del derecho Penal y Procesal, nº10, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014.

MARTÍN BERISTAIN, C., Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social: experiencias internacionales y el desafío Vasco, Madrid, Fundamentos, 2004.

MENDELSÖHN. B., La victimología, Revista Francesa de Psicoanalogía, 1958.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., (coord.), Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo Milenio, Madrid, Dykinson, 2000.

OROMÍ VALL-LLOVERA, S. Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE, en Revista General de Derecho Procesal, núm. 30, 2013.

PATIÑO, J. F., Trauma por explosiones y bombas. En: http://www

PÉREZ ARGILÉS, V., Prácticas de Medicina Legal y Toxicológica, F. Martínez, Zaragoza, 1940.fepafem.org/guias/trauma.htm, 1999.

PÉREZ, F. P., Las víctimas ante el proceso de paz en Euskadi día a día, cronología del proceso de Paz, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2006.

— Los Derechos de las víctimas y su conquista, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003.

— Guía de atención psicológica a las víctimas del terrorismo: manual de autoyuda psicológica, Bilbao, Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003.

— Guía de ayuda piscoasistencial a las víctimas del terrorismo, Bilbao,

— Asociación para la defensa de la Dignidad Humana, 2003.

PÉREZ RIVAS, N., Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE, en Revista USC, Santiago de Compostela, 2014

PINILLA PARAMIO, I, La Prisión Permanente Revisable, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2014.

PULGAR GUTIÉRREZ, M. B., Víctimas del Terrorismo: 1964-2004, Madrid, Dykinson, 2004

REDONDO HERMIDA, A., La Víctima del terrorismo: una reflexión jurídica, en Diario La Ley, nº 6807, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ URIBES, J.M., Las victimas del terrorismo en España, Dykinson, Madrid, 2013.

RODRIGUEZ RAMOS, L., Código Penal (5ª edición), concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, La Ley, Madrid, 2015.

ROIG TORRES, M., La reparación del daño causado por el delito (aspectos civiles y penales), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN C., La teoría del delito en la discusión actual, Lima, 2007.

SANMARTÍN, José, La violencia y sus claves, Barcelona, 2001, Ariel.

SANMARTÍN, José y RAINE, A., Violencia y psicopatía, Barcelona, 2000, Ariel.

SAN SEBASTIÁN, I., Los años de plomo: memoria en carne viva de las víctimas, Madrid, Temas de Hoy, 2003.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Unión Europea, EDJ, nº 121, 2007.

SENOSIAIN DIEZ, J. La Prisión Permanente revisable en el Proyecto del C.P, en Universidad de Navarra, Pamplona, 2014.

SYMMONDS, M., La victimización y el tratamiento rehabilitador, en Eichelman, Soskis y Reids : Terrorism, American Psychiatric Asociation, Washinton, 1983.

TORRES MINAYA, P., 11-M, Homenaje a las víctimas: testimonio de vida, Madrid, Martínez Roca, 2004.

VAN DIJK, J.J.M./MANCHIN, R./VAN KESTEREN, J./NEVALA, S./HIDEG, G., The Burden of Crime in the EU A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey (EU ICS) 200

VELA MOURIZ, A,. Contenido y novedades de la L 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE de 28 de abril), en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY.

— Las 10 claves del Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril. BOE de 28 de abril), en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY.

VILLA, I., Saber que se puede: recuerdos y reflexiones de una víctima del terrorismo, Madrid, Martínez Roca, 2004

VILLALAÍN BLANCO, J. D., Lesiones originadas por explosivos. En: Rodríguez Albarrán MS, Casas Sánchez JD. Manual de Medina Legal y Forense. 1ª edición. Editorial Colex. Madrid, 2000.

* * * * * *

Mónica Fernández Salgado
Juez sustituta, Orense. Socia FICP.

~Suspensión extraordinaria de la condena por sufrir enfermedad grave con padecimientos incurables~

El Tribunal Constitucional nos recuerda que "*en un Estado social y democrático de Derecho como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (artículo 1.1 Constitución Española) sino además un derecho fundamental (artículo 17 Constitución Española), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. La libertad de los ciudadanos es, en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales, la regla general y no la excepción, de modo que aquellos, gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. La libertad hace a los hombres sencillamente hombres. En atención a su papel nuclear y su directa vinculación con la dignidad de la persona (artículo 10.1 Constitución Española), el derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 corresponde por igual a españoles y extranjeros*".[1]

Son las razones humanitarias las que nos exigen que se permita a un enfermo terminal vivir sus últimos años, meses o días, en condiciones lo más adecuadas posibles, al lado de su familia o amigos, y procurándoles la mejor calidad de vida en esos, sus últimos momentos.

I. SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

La regulación de la suspensión del cumplimiento de la pena se recoge en los artículos 80 a 87 del Código Penal bajo la Sección "*De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*." Tras la modificación introducida por la Ley 1/15, la sustitución de la pena de prisión por otra distinta, como la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad como beneficio autónomo ha desaparecido, encuadrándose ahora dentro de las condiciones de la suspensión de la pena.

La sustitución de la condena, que con anterioridad al 1 de Julio de 2015, estaba recogida en el artículo 88, hoy suprimido, permitía al juez, en caso de que la pena no

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2000, de 29 de mayo.

excediese de un año, sustituirla por trabajos en beneficio de la comunidad, multa o localización permanente.

La Reforma del Código Penal permite ahora a los Jueces ser más flexibles a la hora de acordar la suspensión del cumplimiento de la condena.

La sustitución de la pena de prisión ha desaparecido como tal del Nuevo Código Penal.

Suprimida la sustitución de la prisión como figura autónoma, el Juez cuando vaya a pronunciarse sobre la suspensión de la pena, podrá condicionar ésta a que la persona condenada cumpla el acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, el pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración y la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

La novedad consiste en que la suspensión podrá ser decidida por el propio órgano sentenciador, sin esperar al ingreso en prisión, y la activación del mecanismo por vía de vigilancia penitenciaria.

Se intenta dar agilidad al sistema de suspensión, y por ello se unifican todos sus mecanismos, poniendo fin a la situación precedente, en la cual, la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) daba lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que podrían ser objeto de reiterados recursos.

Son requisitos necesarios de la suspensión que el condenado haya delinquido por primera vez (no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran

serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal[2]). Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. Se exige que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine.[3]

El Juez, en la legislación vigente, valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas[4].

No obstante los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.[5]

II. SUSPENSIÓN DE LA CONDENA POR SUFRIR ENFERMEDAD GRAVE CON PADECIMIENTOS INCURABLES

El artículo 80.4 del Código Penal aparece en el Código Penal de1995. Se indica que el precepto se refiere a "*cualquier pena impuesta*", lo que desborda claramente los límites trazados por las rúbricas del Capítulo y de la Sección en que se ubica "*penas privativas de libertad".*

---

[2] Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos:
a) Seis meses para las penas leves.
b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.
c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años.
d) Cinco años para las restantes penas.

[3] Artículo 80.2 y 3 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

[4] Artículo 80.1 párrafo 2º del Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

[5] Artículo 80.4 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

Siguiendo a GARCÍA SAN MARTÍN [6]la regulación de la suspensión queda circunscrita exclusivamente a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, que son las comprendidas en el artículo 35 del Código Penal, prisión, localización permanente, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la prisión permanente revisable.

La enfermedad a que alude el artículo puede ser de cualquier naturaleza[7], existe un amplio margen de discrecionalidad para los Tribunales ordinarios a la hora de apreciar una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, siempre que no se caiga en la arbitrariedad[8].

El único impedimento sería que el penado en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

TAMARIT SUMALIA [9] asegura que el fundamento se encuentra en el principio de humanidad de las penas y la interdicción de tratos degradantes e inhumanos. Si en tales condiciones de salud cabe acordar la puesta en libertad, parece lógico que las mismas permitan evitar el ingreso en un centro penitenciario. Recuerda con PRATS CANUT que "*la norma reclama una sensibilidad de los jueces, a los efectos de evitar interpretaciones excesivamente cicateras que pueda conducir a situaciones dramáticas e inaceptables en el marco del Estado de Derecho".*

El Tribunal Constitucional aludió a "*criterios enraizados de justicia*" y no sólo de piedad, con arreglo a los cuales no resulta exigible un peligro inminente e inmediato para la vida.[10]

Se exige la existencia de una enfermedad grave con padecimientos incurables. El diagnóstico tiene que ser médico, bien de los médicos forenses o cualesquiera otras instituciones sanitarias que traten al enfermo. No es posible catalogar estas

---

[6] GARCÍA SAN MARTÍN, J. Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, Edit Dykinson S.L. Madrid 2015.

[7] LUZÓN CUESTA, J. Mª. Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico. 13ª edición (2010). Comentarios a los arts. 80 a 87 y 92.

[8] RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Director).Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, editorial La Ley, 4ª edición, enero 2011, comentarios a los arts. 80 a 87, pags. 490 y ss.

[9] QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (artículos 1 a 233), editorial Aranzadi-Thomson Reuters (6ª edición- 2011). Comentarios a los arts. 80 a 87 y 92, por TAMARIT SUMALIA, J.Mª págs. 581 a 622.

[10]Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1996, de 25 marzo

enfermedades, el legislador ha descrito un concepto normativo muy amplio que debe ser concretado por el juez.

El biólogo alemán BERNARD ha dicho que no hay enfermedades sino enfermos". Y ello nos lleva al diagnóstico médico imprescindible con carácter previo a la resolución judicial que se pronuncie sobre este caso así como a la audiencia previa de las partes, en especial, del propio afectado.

Aunque el artículo 80.4 del Código Penal, no haya explicitado la necesidad del informe médico previo, resulta obvio que éste es preceptivo y necesario aunque no vinculante, pudiendo obtenerse este informe desde cualquier fuente médica y, en especial, del forense del propio Juzgado o Tribunal.

Algunos autores aseguran que hubiera sido mejor decir "*enfermedades incurables con padecimientos graves*", ya que el padecimiento es una consecuencia de la enfermedad y hacer referencia a la disminución o merma de la capacidad para delinquir como consecuencia de esta enfermedad dado que con se pretende evitar el inicio del cumplimiento de una pena. El Juez o Tribunal no contará con el estudio individualizado que proporciona el Centro penitenciario al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por lo que deberá asesorarse de los informes del médico forense sobre la peligrosidad criminal así como serán de utilidad los que procedan de Asistentes Sociales, Centro de Atención a Drogodependientes, antecedentes de ingresos psiquiátricos, historiales médicos, informes de conducta de las Fuerzas de Seguridad y, por supuesto, hoja de antecedentes penales.

Sobre lo que sea enfermedad muy grave destaca que, en definitiva, dependerá del pronóstico médico, elaborado con rigor científico y carácter referencial, debiendo destacarse que en estos casos el elemento referencial es la vida o supervivencia del enfermo, afirmando "*comoquiera que ya los romanos, refiriéndose a las horas, señalan que todas hieren pero la última mata; comoquiera, en definitiva, que nuestra naturaleza es mortal, una enfermedad será muy grave no cuando anuncie su presencia, más o menos remota, de la muerte, sino cuando imponga un pronóstico de muerte próxima*"[11].

[11] PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas, editorial La Ley, Temas, Madrid, diciembre 2009.

MAGRO SERVET Y SOLAZ SOLAZ[12] apuntan como criterios para determinar cuándo se está ante una enfermedad grave con padecimientos incurables que no es imprescindible que exista un peligro de muerte inminente e inmediato, pero tampoco basta cualquier dolencia irreversible, no podrá cuestionarse la gravedad si la permanencia en prisión incide desfavorablemente en la evolución de la enfermedad, existe dificultad para recibir el tratamiento médico apropiado en el ámbito penitenciario, la enfermedad incurable debe suponer una disminución de las facultades físicas del sujeto, el sujeto, a consecuencia de su enfermedad, debe tener disminuida su peligrosidad criminal o capacidad para delinquir y el estado de salud del recluso no le permitirá participar en las distintas actividades de tratamiento programadas por el centro penitenciario para alcanzar el objetivo de reeducación y reinserción social.

Sobre el requisito que no tenga otra pena suspendida por el mismo motivo al momento de la comisión del delito, los autores entienden que ello no significa que el penado no pueda disfrutar de este beneficio en diferentes condenas, puesto que sólo entra en juego cuando el hecho determinante del nuevo delito tenga lugar durante el plazo de suspensión (por razón de enfermedad) de la ejecución de otra pena impuesta por un delito anterior; pero no operará si el nuevo delito se comete tras la remisión definitiva de la pena suspendida por razón de la enfermedad.

Debemos mencionar el supuesto de privación provisional de la libertad puesto que el artículo 80.4 posibilita la suspensión en caso de pena existente. Si nos encontramos ante una medida cautelar el Juez o Tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del investigado o encausado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud[13]. Muchas veces es difícil acreditar el estado de salud de los presos que ya están clasificados y lo mismo ocurre en los presos preventivos en supuestos en que se adopta la medida en personas con enfermedades como hepatitis C, Sida o cáncer. No parece probable que estos enfermos intenten sustraerse a la acción de la justicia. A veces no hay posibilidad de acceder a los expedientes médicos, las quejas o solicitudes tardan bastante y ello refleja la falta de coordinación existente entre los sistemas de salud pública y la red asistencial

[12] MAGRO SERVET, V. Y SOLAZ SOLAZ, E. Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión, editorial La Ley, Temas, Madrid 2010, 2ª edición,

[13] Artículo 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

penitenciaria. Las instituciones penales carecen de recursos sanitarios alternativos y no existen medios suficientes para la prevención, la asistencia domiciliaria, el tratamiento ambulatorio, o el internamiento en centros médicos, ya que muchos enfermos no pueden recibir el tratamiento adecuado y, al no estar controlados, tienen más posibilidades de cometer un hecho previsto como delito que les lleve a prisión. Así la suspensión de la condenas acaba siendo el único recurso para "tratar" al enfermo grave.

III. JURISPRUDENCIA

Coincidiendo con GARCÍA SAN MARTÍN la ambigüedad de la redacción del artículo 80.4 en relación a los "padecimientos incurables" ha dado lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios entre sí, puesto que los supuestos en que para unos órganos cumplían los requisitos de generar la enfermedad padecimientos incurables, para otros no alcanzaba dicha entidad.

Como ejemplos citaré los siguientes:

1. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional en Sentencia 5/2002 de 14 de enero ha denegado el amparo frente a un auto denegatorio de la suspensión de la pena ordenando el ingreso en prisión de un enfermo de SIDA. No parece que el Tribunal Constitucional comparta el criterio de la interdicción de tratos degradantes e inhumanos en estos casos. Si el principio de humanidad puede ser predicado, afirmar que el ingreso en prisión de estos enfermos supone un trato degradante e inhumano es cuestionar todo nuestro sistema penitenciario y despreciar los recursos sanitarios propios del mismo[14].

El Tribunal Constitucional en Sentencia 48/1996, de 25 marzo estima el amparo anulando un Auto denegatorio de la progresión en grado previa a la libertad condicional para un enfermo que padecía una dolencia cardiovascular grave e incurable pero que no estaba en peligro inminente de muerte.

El Tribunal Constitucional en Auto 381/1997, de 18 diciembre 1996 pone de manifiesto la dificultad de recibir el tratamiento médico adecuado en el centro

[14] "(…) *el órgano judicial, por remisión al contenido del dictamen del Ministerio Fiscal, no sólo entiende que la enfermedad del penado no reviste caracteres que permitan considerar que el ingreso en prisión vaya a suponer una pena o un trato inhumano o degradante o un riesgo significativo para su vida o integridad, atendiendo a las circunstancias presentes en el centro penitenciario, sino que, además, afirma que en éste existen los medios adecuados para tratar suficientemente su enfermedad, lo que no es discutido directamente por el recurrente en su demanda de amparo, de manera que se expone judicialmente una concreta fundamentación, plenamente razonable, en torno a la inexistencia de riesgo grave y cierto para la vida e integridad, tanto física como moral, del recurrente, identificando adecuadamente el contenido de los correspondientes derechos fundamentales*"

penitenciario. No es suficiente padecer la enfermedad grave sino que es necesario cumplir las tres cuartas partes de la pena y que la dolencia produzca una merma de la peligrosidad criminal del sujeto.

El Tribunal Constitucional en Sentencia 5/2002, de 14 enero desestima el amparo confirmando Auto denegatorio de suspensión de condena ordenando ingreso en prisión de un enfermo de SIDA.

2. Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo en Sentencia 1545/2001, 26 julio asegura que la enfermedad puede acreditarse a través de informes médicos de hospitales tanto públicos como privados así como mediante informe del médico forense adscrito al Juzgado o Tribunal.

3. Auto Sala Penal Audiencia Nacional

Caso Bolinaga, Auto 359/2012, de 19 septiembre, acuerda libertad condicional anticipada.

4. Audiencias Provinciales

La Audiencia Provincial de Zaragoza en Auto de 11 febrero 2009, acuerdan la suspensión respecto de una condenada consecuencia de una paraplejia, que ya tenía en el momento de la comisión de los hechos (delito contra la salud pública)[15].

La Audiencia Provincial de Madrid en Auto 10 diciembre 2007, considera el cáncer de próstata como una enfermedad muy grave y de compleja curación por lo que acuerda la suspensión.[16]

La Audiencia Provincial de Jaén en Auto de 28 enero 2009, deniega la suspensión respecto de un condenado que padecía una insuficiencia renal crónica, debiendo recibir diálisis los lunes, miércoles y viernes de cada semana sobre la base de que no consta ningún informe médico que indique que dicho tratamiento no podrá recibirlo el enfermo desde la prisión, o que su enfermedad resulte agravada por el cumplimiento de la pena

[15] *"vive permanentemente en una silla de ruedas eléctrica, que le es absolutamente imprescindible para cualquier desplazamiento por su casa o por la calle, y es dependiente de terceras personas para actividades básicas e instrumentales."*

[16] *"., entendiendo que" vivir durante un año (que es el tiempo de condena) en las condiciones a las que obliga inevitablemente la privación de libertad puede desarrollar una evolución negativa".*

La Audiencia Provincial de Lérida en Auto de 28 enero 2009, deniega la suspensión respecto de un condenado en el que nada se acredita, más allá de meras referencias genéricas al padecimiento de una enfermedad pancreática, que le obliga a llevar los correspondientes controles médicos, así como una ingesta determinada y severa medicación.

La Audiencia Provincial de Madrid en Auto 13 enero 2009, deniega la suspensión relativa a un condenado que padecía un oligoendroglioma frontal derecho (tumor), que produce crisis comiciales[17].

La Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 17 diciembre 2008, deniega la suspensión con relación a un penado infectado de VIH, en la fase C3, con tuberculosis pulmonar y hepatitis crónica. Entiende la Sala, sin dejar de reconocer la gravedad de las enfermedades que el condenado padece, que las mismas "no son de extrema gravedad en el sentido de que exista un riesgo vital inminente. A la vista de la rotundidad del informe del médico forense, debe concluirse que si bien es cierto que las enfermedades que padece el penado son graves, resulta igualmente cierto que en este momento el penado puede seguir el tratamiento que precisa en el centro penitenciario, sin perjuicio de su traslado, si los médicos lo considera necesario, a la enfermería de la prisión o a un centro médicos adecuados.

IV. CONCLUSIONES

Difícil, en ocasiones, supone defender la suspensión de la condena para condenados por crímenes atroces pero, ante todo, ha de buscarse un equilibrio entre el derecho a la vida e integridad física del penado y el derecho a la seguridad colectiva.

Si del ingreso en prisión se deriva un efectivo riesgo para la persona que se halla enferma se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

La libertad ha de obtenerse con una resolución fundada en Derecho, motivada, basada en los criterios jurídicos que la permiten y, si se denegase, no se lesionaría, en mi opinión, automáticamente un derecho a la libertad en sentido propio, pues la

[17] *"Ahora bien, según el informe del médico forense dicho tumor evoluciona muy lentamente y está siendo tratado de forma adecuada mediante fármacos que reducen o evitan la presentación de crisis comiciales. De hecho, según informe aportado por el propio penado, fue ingresado por tal motivo el día 21 febrero 2008 en el Hospital Doce de Octubre de Madrid por crisis de afasia y hemiparesia y salió del Centro el 5 de marzo de 2008, siendo dado de alta tras su recuperación completa. Por tanto, no es un padecimiento incurable o que no pueda ser tratado y seguido adecuadamente en prisión y máxima en el corto tiempo de 15 días que corresponde a su privación de libertad".*

privación de la misma se debe a la existencia de una sentencia condenatoria pero sí se vería afectado el valor superior de la libertad.

Con el estudio de la ley se observa que el tribunal cuenta con cierta discrecionalidad en la concesión o denegación de la suspensión, tanto en la apreciación del presupuesto de la suspensión excepcional de si el condenado padece una enfermedad incurable, como en la apreciación de los requisitos generales para la concesión de la suspensión.

Por todo ello se ha de buscar tanto la garantía de la seguridad colectiva que podría verse dañada por la salida de prisión de un preso, aunque muy enfermo, como atender al grado de afección del derecho a la vida del condenado dada la enfermedad que padece y el estudio de cómo afecta a su evolución el continuar en prisión.

Como en la mayoría de los problemas sociales se constata la falta de medios económicos y sanitarios en el mundo penitenciario que deshumanizan el tratamiento de las personas enfermas que cumplen condenas por lo que muchos reos también utilizan la medida que hoy nos ocupa como vía de escape para su situación aún sin sufrir una enfermedad incurable simplemente para sobrellevar la que padece.

* * * * * *

Amalia Fustero Bernad
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia FICP.

~Responsabilidad civil de la Administración por no dotar a sus agentes de chalecos antibalas~

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses han sido demasiados los ataques terroristas que ha sufrido Europa, uno de ellos, desafortunadamente ha tenido lugar en nuestro país, Barcelona y Cambrils han sufrido con quince y un muertos respectivamente el azote yihadista.

A raíz de una catástrofe de tal envergadura, cuando la situación se normaliza la sociedad se pregunta si la respuesta de los efectivos de emergencia ha sido oportuna, correcta y a la altura de las circunstancias, o por el contrario, a modo de crítica constructiva aparecen los datos que reflejan que otro modo de actuar es posible a la par que eficiente y eficaz.

En cuanto a los medios desplegados tras los atentados de Barcelona y Cambrils, uno de los que fue más visible y elogiado fue la labor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Mossos de Esquadra, Policía Nacional, Guardia Civil y Policía Urbana), su respuesta inminente al ataque, así como la labor y valentía de sus agentes quedo ratificada y muy difícilmente olvidada.

Momentos como los vividos este mes, hace preguntarnos si los agentes que velan por nuestra seguridad están a la vez protegidos mientras realizan las funciones propias de su cargo. Las imágenes de Barcelona y Cambrils nos muestran que todos, o por lo menos, la gran mayoría de los agentes iban dotados de chalecos antibalas. Pero, llevados a la práctica, al día a día, ¿podemos asegurar que todos los agentes que conforman las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad poseen tan valioso equipo de protección individual?, y, de no ser así, ¿es responsable la Administración de las lesiones que presentara un agente que en el desarrollo de su función no portara el chaleco antibalas porque el mismo no ha sido proveído por la Administración Pública?

II. REGLAMENTO ORGÁNICO DE LA POLICÍA.

Este Reglamento aprobado por Decreto 2038/75 de 17 de julio y modificado por la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, tiene por objeto, como así versa su artículo 1, establecer el régimen de personal de los

funcionarios de carrera de la Policía Nacional, así como los derechos que les corresponden y los deberes que les son exigibles, de acuerdo con su carácter de instituto armado de naturaleza civil. Por tanto esta Ley Orgánica es aplicable a Policía Nacional, a la vez que se hace extensible a todos esos grupos armados, bien sean estatales, autonómicos y municipales que no tengan regulada tal contingencia de modo particular en sus legislaciones correspondientes.

El artículo 14 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional , dispone que *"La Administración deberá resarcir económicamente a los Policías Nacionales cuando sufran daños materiales en acto o con ocasión del servicio, sin mediar por su parte dolo, negligencia o impericia graves, en los términos que reglamentariamente se establezcan"*.

El propio Preámbulo explica que en el Titulo XI de la norma orgánica está *destinado a regular la protección social y el régimen retributivo, … así como el sistema de acción social, en el marco del cual se desarrollarán programas específicos de carácter periódico y cuya finalidad es el bienestar socio-laboral de los funcionarios y sus familias. Se trata de un régimen propio y específico que encuentra justificación en la situación de mayor vulnerabilidad en la que se encuentran los Policías Nacionales en relación con el resto del personal al servicio de la Administración no perteneciente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto en lo relativo a las lesiones y patologías sufridas en acto de servicio, como en lo concerniente a daños materiales acaecidos en idéntica situación.*

Así el artículo 79 de la Ley Orgánica 9/2015, establece "1. Se entiende por lesiones, patologías y daños materiales en acto de servicio los que así sean reconocidos a través de expediente de averiguación de causas, por haber sido contraídos por el funcionario con ocasión o como consecuencia del servicio prestado, siempre y cuando no hubiese mediado por su parte dolo, o negligencia o impericia graves."

La Disposición transitoria séptima recoge que "*Hasta que se dicten las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley Orgánica, seguirán siendo de aplicación las normas vigentes, en tanto no se opongan a lo establecido en la misma*".

La norma orgánica no ha sido desarrollada reglamentariamente, de modo que pueden aplicarse los reglamentos que no se oponen al contenido de la misma, sin que se aprecie contradicción entre la regulación contenida en los artículos 14 y 79 de la

Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional , con los artículos 179 y 180 del Decreto 2038/1975, de 17 de julio, por el que se aprueba el Reglamento orgánico de la policía gubernativa. La Ley recoge la posibilidad de indemnización por los daños materiales y por los gastos de curación producidos con ocasión o como consecuencia del servicio prestado, siempre y cuando no hubiese mediado por su parte dolo, o negligencia o impericia graves. La amplitud de los términos de la norma legal no impide incluir dentro de los gastos de curación los perjuicios sufridos por las lesiones que no están cubiertas por las prestaciones del mutualismo administrativo[1].

Por tanto, cuando un funcionario hubiera sufrido lesiones en acto u ocasión del servicio, sin mediar por su parte dolo, negligencia o impericia, podrá el Director General de Seguridad ordenar la incoación de un expediente de resarcimiento de aquéllos en favor del damnificado, donde se acreditarán sus causas, calidad e importe, que se iniciará a solicitud del funcionario o de oficio por el órgano encargado de la gestión del personal y se resolverá sobre la procedencia o no de la indemnización correspondiente. En dicha resolución, que pone fin al expediente gubernativo se identifican el origen de las lesiones, la relación de causalidad con el servicio prestado por el agente, determinándose el importe de los gastos de curación.

La Administración, deberá concertar un seguro de accidentes para los supuestos de fallecimiento, incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los funcionarios de la Policía Nacional, devenidos como consecuencia de las lesiones sufridas en acto de servicio o con ocasión del mismo. (Art. 79.5)

III. REGLAMENTO GENERAL DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO.

Una vez delimitado los derechos exigibles por los agentes en relación con su salud laboral, pasemos a abordar la normativa que es de aplicación a las contingencias ocasionadas en el servicio prestado por los funcionarios de la Administración del Estado, la cual está recogida en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, según actual Real Decreto 375/2.003 de 28 de Marzo, dictado en desarrollo del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2.000 de 23 de Junio, en cuyo artículo 59.1 dispone: "Se entenderá por accidente en acto de servicio aquél que se produzca con

[1] Sentencia 211/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª), de 16 mayo.

ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración"

Este precepto ha sido muy interpretado por la Jurisprudencia[2], todo en aras de explicar y exigir una relación de causalidad entre el accidente o lesión sufrida por el agente y el trabajo o servicio que presta el mismo. Una relación de causalidad que debe de estar bien acreditada, probando que la lesión del agente se ha producido como consecuencia o como motivo de la prestación de su servicio. La relación de causalidad ha de ser próxima e inmediata, y a estos efectos, no es necesario que el servicio sea la única causa que determina la lesión sino que basta que influya en su producción[3].

Pues bien, el Reglamento General del Mutualismo Administrativo unido con los artículos mencionados en el apartado anterior establece la obligación que la Administración tiene para con sus empleados de resarcirles económicamente cuando con ocasión de la realización de su servicio sufra lesiones, siempre y cuando no mediare, por parte del funcionario, dolo, negligencia o impericia.

De una forma concreta diremos que la Administración cubrirá las lesiones del funcionario que haya realizado su función policial de forma diligente, siempre y cuando las lesiones estén relacionadas con la llevanza del servicio, no cubriendo aquellas lesiones que se hayan inferido sin más relación con el servicio que simple circunstancia temporal.

Por tanto, se descartan aquellas lesiones que no tienen una relación de causalidad entre el daño y la realización del servicio, todo ello en virtud del artículo 115.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.994 de 20 de Junio-

Según la Ley General de la Seguridad Social, salvo que exista prueba de contrario, todas las lesiones que se produzcan durante el tiempo y el lugar de trabajo son constitutivas de accidente de trabajo, como así expone la Doctrina Jurisprudencial, significada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1.996, importante Sentencia que dicta para unificación de Doctrina y en la que se determina

[2] Sentencia 820/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª), de 30 abril, Sentencia 43/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª), de 30 enero, Sentencia 674/2007 del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª), de 26 diciembre.

[3] Sentencia 314/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección7ª), de 25 mayo.

que salvo prueba de contrario se presumirá que son constitutivas de accidente de trabajo no solo las lesiones que sufra el trabajador durante el desempeño de su trabajo, sino también a las enfermedades que se manifiesten durante el trabajo. Según el Alto Tribunal se requiere prueba de contrario para excluir esta presunción *"que evidencie de forma inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, y para ello es preciso que se trate de enfermedades que no sean susceptibles de una etiología laboral o que esa etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario".*

El Consejo de Estado el 23 de mayo de 1991, acordó el principio de indemnidad a partir de un supuesto de un policía local que no podía ser indemnizado por las lesiones sufridas por un delincuente al no tener este solvencia para el pago de la indemnización correspondiente. A partir de entonces se determino que *quien sufra por causa de su actuación pública, o con ocasión de ella, un daño, sin mediar dolo o negligencia por su parte, debe ser resarcido por causa que se localiza en la propia concepción y efectos de lo que es el ejercicio de una función pública*.

El principio de indemnidad tiene su origen en el artículo 63.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1.964, que establece que: *"El Estado dispensará a sus funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos ..."* , y encontrándose manifestaciones de dicho principio, en la Ley 29/1.975 del Régimen General de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y en la Ley Orgánica de Policía.

Todo ello al considerarse como fundamento del principio de indemnidad el artículo 23.4 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública por la que se establece que: "*los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio".*

IV. RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PERSONALES.

Según la Ley Orgánica 9/2015 de Régimen de Personal de la Policía Nacional, cuando resultare lesionado algún funcionario, el Director General podrá disponer la instrucción de un expediente para acreditar los hechos originarios, las lesiones sufridas, la capacidad o incapacidad derivada y el importe de los gastos de curación. Así, el Director General ordenará la incoación de un expediente de resarcimiento a favor del

damnificado, donde se acreditarán sus causas, calidad e importe, y se resolverá sobre la procedencia o no de la indemnización correspondiente.

Por tanto en dicho expediente se resolverá desde la procedencia o no de la indemnización hasta de estimarse esta se acreditará su existencia así como el importe económico a resarcir.

La Ley Orgánica de la Policía establece un régimen indemnizatorio especial para los agentes, deduciéndose dos principios: un principio de universalidad en relación a la descripción de daño a resarcir, esto es, debe ser como consecuencia de un acto u ocasión de la realización de un servicio policial, y otro principio de indemnidad en relación con el alcance de la indemnización.

Debemos puntualizar que ni el principio de universalidad ni el de indemnidad limitan su eficacia al daño producido por la propia Administración, pues también cubre en una correcta hermenéutica de tales normas los perjuicios derivados de hecho o acto ajeno, incluido el del propio funcionario si éste no incurrió en dolo, negligencia o impericia por su parte.

A la hora de explicar los daños que cubre el artículo 79 de la Ley Orgánica de Policía son: los gastos sanitarios de curación y las retribuciones correspondientes al tiempo en que permanezca de baja el funcionario de Policía como consecuencia del accidente producido en acto servicio.

Y es que, atendiendo al principio de indemnidad que rige para los funcionarios públicos cuando actúan en el ejercicio de sus cargos, y a la consiguiente reparación o restitución "ad integrum" que se deriva de dicho principio. Así lo ha venido señalando con reiteración el propio Consejo de Estado (Dictamen 522/91), que ha puntualizado que quien sufre por causa de su actuación pública, o con ocasión de ella, un daño, sin mediar dolo o negligencia por su parte, debe ser resarcido "por causa que se localiza en la propia concepción y efectos de lo que es el ejercicio de una función pública."

V. LOS CHALECOS ANTIBALAS COMO EQUIPO DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL DE LOS AGENTES.

Una representación del Sindicato Unificado de la Policía (SUP) presentaron en la Oficina Internacional del Trabajo en España una queja contra el Gobierno español por vulneración y violación de las condiciones de seguridad y salud y, específicamente, en lo relacionado con la Vigilancia de la Salud física y mental y la dotación de los equipos

de protección individual necesarios y adecuados, que deberían tener los policías nacionales y no tienen.

Concretamente se denuncia en su queja que el Gobierno incumple los derechos sobre vigilancia tanto de la salud física como mental y la no dotación de los equipos de protección individual que recoge los convenios 155 sobre seguridad y salud y el 161 sobre los servicios de salud en el trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo, así como la Recomendación nº 164 y 171 sobre esas materias, y la ley de prevención de riesgos laborales y la normativa relativa a los Servicios de Prevención españolas.[4]

Esta queja deja en evidencia una realidad, que de los años 2011 a 2015 se entregaron 21.127 chalecos para un colectivo de 65.000 policías nacionales, a los que debemos unir las carencias existentes en Guardia Civil, policías autonómicas y locales, porque otra realidad se une a las carencias y es que la realidad nos dice que la mayor parte de los agentes tienen a su disposición un chaleco no es que sea de su uso exclusivo sino que pertenece al colectivo de agentes que integran su jefatura o comisaria, por tanto podemos encontrarnos con situaciones tan irrisorias como que un chaleco dentro de una misma unidad este a disposición de quince o veinte agentes en los mejores de los casos, no existiendo diferencia de tamaño ni distinción por el sexo de los agentes, porque es otro dato a tener en cuenta, los chalecos de las mujeres no son el mismo modelo que el de los hombres. Este hecho trae a colación un caso en el que una agente de la Guardia Civil, destinada en la provincia de Salamanca, ha sido acusada de un delito militar por insubordinación, al vestir un chaleco antibalas propio, ante la carencia de uno femenino de dotación oficial.

VI. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

En esta tesitura, nos encontramos en condiciones de afirmar *que los daños cuya reparación prevé el art. 180 del Reglamento son todos los que sufra en su persona el funcionario, lo que incluye, lógicamente, todo daño inherente a sus lesiones y secuelas, incluyendo, como no podía ser de otro modo, los perjuicios y daños morales. No basta, pues, entendemos, que al demandante se le abonaran las retribuciones íntegras correspondientes al desempeño de su puesto de trabajo durante el tiempo en el que las lesiones tardaron en curar, ni que sus gastos de curación fueran sufragados por las*

[4] En: http://www.ccoo.es/noticia:234556--CCOO_y_el_SUP_denuncian_en_la_OIT_al_Gobierno_espanol_por_vulnerar_la_vigilancia_de_la_salud_fisica_y_mental_de_los_policias_nacionales

correspondientes entidades médicas. Y ello porque si así fuera no se cumpliría el principio de la reparación integral del daño, que debe imperar en el ámbito de la responsabilidad civil. Dicha responsabilidad, según el art. 110 del Código Penal, comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. [STSJ Extremadura] [5].

El artículo 1092 de nuestro Código Civil establece que "Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal." remitiéndonos en este término al Capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal.

El artículo 109.1 del Código Penal de 1995, en la redacción que le otorga la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dispone que "La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados". La responsabilidad civil derivada del delito al igual que la responsabilidad penal, debe someterse a criterios de imputación objetiva, tal y como ha venido declarando la jurisprudencia. Para la doctrina el juicio de imputación objetiva se compone de dos elementos: a) La existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado. b) El resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción, es decir, el desvalor de la acción concretado en el resultado producido[6].

De conformidad con el artículo 113 CP: "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros." La jurisprudencia ha definido el daño moral en sentido estricto como el "precio del dolor", esto es, el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que el delito puede ocasionar a la víctima o a sus allegados, sin que sea necesario que se haya concretado en alteraciones psicológicas o patológicas (SSTS de 16 de mayo de 1998, de 30 de noviembre de 1998 y de 21 de abril de 1999).

Valorado lo anterior no se trata de configurar la responsabilidad de la Administración únicamente de forma subsidiaria, porque el sujeto agresor no pague, sino que debe ser, cuanto menos penalmente corresponsable de las lesiones del agente siempre y cuando se pruebe que es como consecuencia de su dejación de la función

[5] Sentencia 104/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª), de 7 marzo.

[6] RUIZ BOSCH, S. La responsabilidad civil derivada de los delitos. Líneas de Distribución Logística del Papel, S.L.; 1ª Edición. 2015. pp 30-31

principal de garantizar que se cumplan los preceptos de los artículos 179 y 180 del Reglamento y 79 de la Ley Orgánica de la Policía.

Por todo ello, en tanto en cuanto el Estado u organismos inferiores encargados de la Policía, no doten a sus agentes del material necesario para procurar el correcto desempeño de su función, será responsables directos de todos los daños personales que sufran como consecuencia de no portar el chaleco antibalas, siempre que se pruebe de forma fehaciente que el daño personal sufrido por el agente es como consecuencia de no haber portado el chaleco que se le debía haber procurado desde un principio como dotación.

VII. CONCLUSIÓN.

Una vez expuesto la normativa aplicable al caso que nos ocupa, se observa de forma plausible que la Administración, bien sea de ámbito nacional, autonómico o local tiene la obligación de dotar a sus agentes de los medios necesarios para el desempeño de sus funciones, por tanto en el caso de los chalecos antibalas, deberían ser considerados a día de hoy como un elemento imprescindible de cada agente que conforman las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en nuestro país. Superando su importancia a la del porte del arma, pues mientras esta es un elemento de defensa, el chaleco es un objeto que ocupa la antesala de la defensa, que es el de la protección.

A pesar de quedar claro que la Administración resarcirá al funcionario de las lesiones que le produzcan como consecuencia de la realización de un servicio, esta se concibe de una forma subsidiaria, no como responsable directo, sino como subsidiario por el incumplimiento de un tercero. Pues bien, esta concepción debe ser modificada pues el Estado debe procurar no solo justa indemnización de una lesión, asumiéndola de forma subsidiaria, sino que además debe evitar que la misma se produzca, y en este sentido deberían sancionarse a todas aquellas administraciones que no dotan a sus agentes de los métodos de protección adecuados para repeler una agresión, pues solo a través de duras sanciones las administraciones se verán obligadas a proteger a sus agentes con una mayor diligencia y esmero.

*** * * * * ***

Victoria Gallego Martínez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia FICP.

~El acoso personal. Análisis doctrinal y jurisprudencial~

Resumen.- El fenómeno del "Stalking", acoso personal u hostigamiento, constituye una de las formas concretas y frecuentes de violencia de género que aún siendo considerada grave no recibía respuesta penal en nuestro ordenamiento. Su reciente introducción en la legislación española pone fin al vacío legal existente, incluyéndolo entre los delitos contra la libertad pues afecta a la vida normal de la víctima que queda sometida a una invasión e injerencia en su libertad y a un quebranto de la libre determinación de comportarse conforme a su propia voluntad.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia contra la mujer es una lacra importante que implica una gran preocupación desde todos los ámbitos y frente a la que los distintos Estados vienen luchando insistentemente desde los últimos años. Se ha tomado consciencia de que aquélla violencia es una manifestación de desequilibrio histórico entre el hombre y la mujer que ha llevado a la dominación y discriminación de la mujer manteniéndola en una posición de subordinación.

Las mujeres se exponen a formas graves de violencia proveniente de su ámbito más cercano y familiar una de ellas la constituye el llamado "stalking" término anglosajón que significa literalmente "acecho" referido al conjunto de conductas que realiza el denominado "stalker" consistentes en perseguir, acechar y acosar de forma compulsiva, reiterada y prolongada en el tiempo a su víctima, sin que la negativa de ésta cambie su determinación. Su finalidad es el control, la búsqueda de intimidad y contacto y la necesidad de manipulación de la vida de la víctima. Estas conductas a pesar de su frecuencia, especialmente en el momento actual a través de las redes sociales, han encontrado respuesta legal con su expresa tipificación en el Código Penal.

A través de este artículo se pretende describir el tipo penal a través de la doctrina analizando los diferentes pronunciamientos judiciales al respecto para finalizar con el estudio de las dos únicas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en relación con el mismo.

II. EL ACOSO PERSONAL

1. Regulación

El acoso personal o "stalking" ha sido introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que lo tipifica en el art. 172 ter, dentro de los delitos contra la libertad, como una modalidad de las coacciones.

Señala la Exposición de Motivos de la citada ley como justificación de esta figura delictiva que está destinada a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones no podrían ser calificadas como de coacciones o amenazas.

La primera ley "antistalking" se aprobó en California en 1990 entrando en vigor el 1 de enero de 1991 tras la muerte de una famosa actriz Rebeca Schaeffer a manos de un fan que la acosaba y perseguía desde hacía tres años. La iniciativa se extendió por los demás estados confederados hasta 1996, año en que ya existía legislación específica no solo en todos ellos, sino también un delito federal. Canadá Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda siguieron aquélla estela a la que se fueron sumando países de tradición jurídica continental; Alemania (Nachstellung), Austria (behrliche Verfolgung), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (atti persecutori).

Su introducción en el Código Penal viene a ser una consecuencia del Convenio del Consejo Europeo para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica[1], firmado en Estambul y que obligaba a los Estados parte, a incriminar tal delito "stalking"/acoso en su art. 34[2].

El legislador español parte del modelo del delito de "nachstellung" (art. 238[3] Código Penal alemán) y contempla el denominado "acoso predatorio" esto es, el perteneciente o relativo al acto de hacer presa.

[1] Convenio del Consejo Europeo sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia Doméstica, Estambul 11 de mayo de 2011, ratificado por España en virtud de Instrumento de ratificación de 18 de marzo de 2014, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, p. 42946 a 42976.

[2] Art. 34.- Acoso. Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad.

[3] art. 238 Código Penal alemán introducido por la Ley de Reforma de 22 de marzo de 2007 que castiga "a quien de forma no autorizada, acose a una persona, y, de manera persistente; 1.- Frecuente su entorno espacial 2.- Intente establecer contacto con ella a través del uso de medios de telecomunicación, especiales medios de comunicación o a través de terceros. 3. Encargue productos o servicios para ella mediante el uso indebido de sus datos personales o motive a un tercero a que entre en contacto con ella por ese medio. 4- Le amenace con lesionar su vida, integridad física, salud o libertad, o de una persona próxima. 5- Realice otra conducta similar, y con ello afecte de forma grave su forma de vida, será

2. Definición

Señala la Exposición de Motivos de la citada ley que se trata de aquellos supuestos en los que sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

El término anglosajón "stalking" se refiere al seguimiento o acecho de los cazadores a sus presas. Y acechar es, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "observar, aguardar cautelosamente con algún propósito".

Llamado también acoso, "stalking", hostigamiento, ALONSO DE ESCAMILLA[4] lo define como "una conducta intencionada de persecución obsesiva respecto de una persona a la que se convierte en objetivo".

Por su parte VILLACAMPA ESTIARTE[5] lo define como forma de acoso consistente en la persecución ininterrumpida e intrusiva de un sujeto con el que se pretende entablar, restablecer o continuar una relación pese al rechazo manifiesto o mostrado por el objetivo. Añade que lo que mejor identifica el "stalking" es el hecho de ser comportamientos que consisten en actividades rutinarias, inocuas y, en muchas ocasiones, socialmente aceptadas (llamar por teléfono, enviar cartas, e-mails, regalos, seguir a distancia, esperarlo a la salida del trabajo), que únicamente cuando son reiterados y rechazados pasan a convertirse en esta modalidad de acoso.

Esas conductas en las que el acoso consiste pueden verificarse por muy distintos medios y pueden ser realizadas por el propio sujeto o valiéndose de otras personas,

---

castigado con la pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa. 2. Se impondrá la pena de prisión de 3 meses a 5 años cuando, mediante el hecho constitutivo de acoso, el autor ponga en peligro de muerte o de lesión grave la salud de la víctima o un pariente de la víctima u otra persona próxima a ella. 3.- Si mediante el hecho constitutivo de acoso, el autor causara la muerte de la víctima, de un pariente de la víctima o de otra persona próxima a ella, se impondrá la pena de prisión de 1 a 10 años. 4.- En los casos del párrafo 1, el hecho solo será perseguido a instancia de parte, a no ser que la autoridad penal, por los especiales intereses públicos en la persecución penal, considere necesaria la intervención de oficio".

[4] ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. El delito de stalking como nueva forma de acoso. Ciberstalking y nuevas realiades. La ley penal; revista de derecho penal, procesal y penitenciario. núm. 105, Sección Estudios, Noviembre-diciembre 2013

[5] VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso. Ed. Iustel, Madrid, mayo 2009, p. 51 y ss.

utilizándose conjunta o sucesivamente, de manera que cada incidente pude ser igual al anterior o no y constituye en sí un fenómeno que puede llegar a coartar de forma importante la libertad de obrar de la víctima.

3. Análisis del tipo básico

Conforme al art. 172 ter CP incurre en este delito el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas que se describen y de ese modo altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

a) Bien jurídico protegido

Al igual que los delitos de coacciones y amenazas, es la libertad individual (QUERALT JIMENEZ[6]) entendida en sentido amplio como la capacidad de obrar libremente. No obstante ello la Exposición de Motivos de la ley señala como bien jurídico la seguridad, entendida como el derecho al sosiego o la tranquilidad, base para decidir y obrar libremente.

b) Sujetos

Sujeto activo y pasivo lo puede ser cualquier persona siempre que no esté legítimamente autorizado.

c) Conducta típica

Se conforma sobre la base de la exigencia genérica de acoso reiterado e insistente, derivado de la realización de las conductas que contempla con carácter abierto y que producen como resultado típico una grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la persona acosada todo ello, con la exigencia de realizarse sin estar legítimamente autorizado.

Son por tanto elementos configuradores los siguientes;

1º) patrón de conducta insidiosa, insistente, disruptiva y repetitiva que admite muy diversas manifestaciones. Por tanto, un solo acto o actos aislados determinarán su impunidad salvo que sea constitutivo de otra infracción penal. De lo que se trata por tanto es de incriminar un patrón de conducta compuesto por una serie de conductas que individualmente consideradas pueden no tener efecto intrusivo en la vida y libertad de la

[6] QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Derecho Penal Español. Parte especial. 7ª, Barcelona. Atelier, 2015, p. 434.

víctima, pero que con su repetición y examen conjunto afectan en su libertad de decidir o de obrar.

2º) que no cuente con la anuencia de la víctima. Si bien no se exige de forma expresa en el tipo aparece ínsito en el verbo "acosar" empleado por el legislador.

3º) que esa comunicación o aproximación asfixiante y no querida sea susceptible de generar algún tipo de repercusión en la víctima, que se identifica con la producción de desasosiego o temor (VILLACAMPA ESTIARTE[7]).

Para ser punible debe realizarse a través de alguna de las modalidades conductuales descritas en el tipo:

a) vigilar, perseguir o buscar la cercanía física de la víctima. Incluye conductas de proximidad física y de observación a distancia personalmente o a través de dispositivos electrónicos como pudiera ser GPS o cámaras de videovigilancia, programas espías en el teléfono o en el ordenador. Las dos primeras conductas conectan con el requerimiento de frecuencia e instauración de un clima agravatorio procedente de su inoportunidad y de su carácter inconsentido pero la tercera, la búsqueda de cercanía física, conlleva gran indeterminación sobre el cómo y el cuándo se considerará suficiente para acarrear la potencialidad dañosa en el sujeto pasivo

b) Establecer o intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas. Por tanto basta con el intento, lo que supone la tipificación expresa de la tentativa y su sanción con la misma pena que la prevista al delito consumado, lo que vulnera el principio de proporcionalidad. La inclusión de cualquier medio de comunicación con carácter abierto da cabida a todos los comportamientos realizados a través de internet por las redes sociales.

c) El uso indebido de sus datos personales para la adquisición de productos o mercancías, el contrato de servicios, o el hacer que terceras personas se pongan en contacto con la víctima. Entraría en este supuesto aquéllos casos en los que el autor publica en internet anuncio ofreciendo algún servicio que provoca que la víctima reciba múltiples llamadas con lo que el autor con el uso una vez de los datos personales de la

[7] VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso. Ed. Iustel, Madrid, 2009, p. 51 y ss.

víctima puede provocar aquél efecto generalizado. En estos supuestos si se entiende que la acción típica es el uso de los datos personales se produciría la impunidad de la conducta a pesar de producir un grave trastorno y repercusión en la vida de la víctima.

d) Atentando contra la libertad o el patrimonio de la víctima o de alguna persona próxima a la víctima. Se incluyen por tanto cualquier conducta constitutiva de los delitos comprendidos en los capítulos VI y XIII del Libro II del CP.

El tipo no determina el número y el tipo de actos necesarios para que pueda hablarse de relación insistente y reiterada sin embargo, la doctrina entiende que la dicción del precepto es clara en el sentido de referir la reiteración e insistencia al ámbito de una misma de dichas conductas[8] y no a una combinación de las modalidades comisivas enumeradas.

Aquélla conducta exige la producción de un resultado consistente en alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo. Se trata de un elemento del tipo concebido en términos amplios e indeterminados teniendo cabida en él distintas significaciones perturbadoras de bienes jurídicos, lo que originará problemas en su interpretación[9].

Finalmente el delito contiene un elemento negativo del tipo al requerir que la conducta se realice sin estar legítimamente autorizado lo que según MATALLÍN EVANGELO[10] supone un contrasentido legal que conduce al reconocimiento de la existencia de acosos legítimos que, es inadmisible.

d) Penalidad

La pena prevista para el tipo básico es la de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, con lo que se configura como un delito menos grave (art. 33.3 CP).

---

[8] MATALLIN EVANGELO, Ángela. Delito de acoso (articulo 172 ter). En González Cussac, José L. (Director): Comentarios a la reforma del Código penal de 2015. Tirant lo Blanc, Valencia, 2015, p. 547 y ss.

[9] PUJOLS PÉREZ, Sandra. Aplicación del delito de quebrantamiento de condena como respuesta penal a las conductas de stalking; problemática suscitada. Revista General de Derecho Penal. Mayo 2015, nº 23, afirma que la explicación debe buscarse "en la acertada voluntad de evitar que ciertas conductas molestas o fastidiosas, de índole suficiente para lesionar la libertad de obrar del sujeto, pudieran franquear el muro construido en torno al principio de la última ratio del derecho penal"

[10] MATALLÍN EVANGELO, Ángela. Delito de acoso (artículo 172 ter). En González Cussac, José L. (Director); Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Tirant lo Blanc, Valencia, 2015 pag. 587 y 588.

El apartado 3[11] contempla la posibilidad de concurrencia con otros delitos, de modo análogo a lo previsto para el delito de violencia doméstica habitual en el art. 173.2 CP, sin incurrir en bis in idem añadiendo la cláusula concursal con expresa referencia a la existencia en tales supuestos, de un concurso real con los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

Finalmente el apartado 4º del precepto exige la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para su persecución, llamando la atención que no se haya ampliado la legitimación al Ministerio Fiscal en los casos en que la víctima sea menor, incapaz o persona desvalida como sucede en otros delitos.

Por otra parte, no está de más recordar que tratándose de un delito contra la libertad, podrán imponerse las penas previstas en el art. 48 CP atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que represente conforme el art. 57 del mismo texto legal.

4. Tipos cualificados

Se introducen dos en función de la vulnerabilidad de la víctima.

1º) En el art. 172 ter núm. 1 párrafo 21 CP, si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación. La sanción se incrementa a prisión de seis meses a dos años.

2º) En el art. 172 ter núm. 2 CP, para los supuestos de acoso en violencia de género en los que el sujeto pasivo, el que sufre el acoso es alguna de las personas a las que se refiere el art. 173 Código Penal. La pena será la de prisión de uno a dos años o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En estos supuestos el propio precepto señala que no será necesario la denuncia para la persecución de estos delitos, denuncia que sí se exige para el resto de conductas.

En relación con este último tipo pueden producirse problemas con el delito de violencia doméstica del art. 173.2 CP puesto que la vigilancia reiterada e insistente, la búsqueda de la proximidad física, el contacto o intento de contacto o cualquiera de las conductas constitutivas del acoso pueden suponer por sí mismas violencia física o psíquica propia de aquél precepto en el que la pena es superior.

[11] Apartado 3, artículo 172 ter CP: Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

III. JURISPRUDENCIA

Teniendo en consideración la reciente tipificación de la conducta de que tratamos, con la reforma operada por virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, son varios los pronunciamientos al respecto en las distintas Audiencias provinciales:

Sentencias condenatorias;

- AP Gerona, Sentencia de 21 de julio de 2016[12] que condena por el delito de acoso al acusado a quien pese a haber sido advertido que la víctima no quería comunicar con él, desplegó una conducta reiterada y continuada en el tiempo de intentos de comunicación (hasta 28 llamadas telefónicas en 15 minutos), llamadas a la puerta de su domicilio en el mismo día y seguimientos físicos por la localidad al día siguiente, coartando su libertada para decidir con quien quiere o no relacionarse.

- AP Cáceres, Secc. 2ª de 30 de junio de 2017[13] en un supuesto en que el acusado tras la ruptura sentimental con su pareja contactó de forma insistente con la víctima dictándose sentencia condenatoria por tales hechos. Tras un periodo de tranquilidad desde el año 2017 hasta el 28 de noviembre de 2015, de forma habitual pero no diaria le realizó llamadas telefónicas en las que le decía que le había arruinado la vida y le reclamaba dinero por los pleitos que se siguieron como consecuencia de las denuncias de ella. También de forma habitual pero no diaria buscaba la cercanía física de la denunciante situándose cerca de su lugar de trabajo o donde tenía estacionado el vehículo

Después de diversos pronunciamientos el Tribunal Supremo analiza la figura y fija doctrina al respecto primero en la STS 324/2017[14], del Pleno y posteriormente, en la reciente Sentencia de 12 de julio de 2017[15].

[12] SAP Gerona, Penal, sección 4, del 21 de julo de 2016 (ROJ;SAP GI 762/2016-ECLI:ES;APGI;2016;762), Sentencia: 483/2016, Recurso: 659/2016, Ponente: Javier Marca Matute.

[13] SAP Cáceres, sección 2, de 30 de junio de 2017 (ROJ; SAP CC 558/2017-ECLI;ES;APCC;2017;558), Sentencia 217/2017, recurso 508/2017, Ponente; Julia Domínguez Domínguez.

[14] STS, sección 1, 324/2017, del Pleno, de 8 de mayo de 2017 (ROJ; STS; 1647/2017-ECLI;ES;TS;2017:1647), Sentencia;324/2017, Recurso; 1775/2016, Ponente; Antonio del Moral García.

[15] STS, Sección 1, del 12 de julio de 2017 (ROJ;STS;2819/2017-ECLI;ES;TS;2017:2819) Sentencia: 554/2017, Recurso 1745/2016, Ponente. Joaquín Giménez García

1. Sentencia del Pleno del TS 324/2017, de 8 de mayo de 2017:

Es la primera en la que el Tribunal Supremo analiza el art. 172 ter del Código Penal reparando en el bien jurídico protegido y en los requisitos exigidos.

Parte de la conceptuación del "stalking" u hostigamiento desde perspectivas extrajurídicas a través de unas notas comunes resultantes de estudios desarrollados en otros ámbitos de conocimiento como son la persecución repetitiva e intrusiva; obsesión, al menos aparente; aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima; oposición de ésta así como, cierto lapso temporal. Y refiere que algunos reputados especialistas fijan como guía orientativa un periodo no inferior a un mes (además de, al menos, diez intrusiones), mientras que otros llegan a hablar de seis meses. Y si bien considera que aquéllas notas no condicionan la interpretación de la concreta figura penal, no son del todo descartables puesto que "ayudan en la tarea de establecer la conducta que el legislador quiere reprimir penalmente y desentrañar lo que exige el tipo penal, de forma explícita o implícita".

Desde el ámbito penal considera que no es sensato establecer un número mínimo de actos intrusivos, ni fijar un mínimo lapso temporal pero sí exige el dato de una vocación de perdurabilidad pues solo desde ahí puede tener una concreta repercusión en los hábitos de la vida como exige el tipo penal.

En relación con el bien jurídico protegido, el nuevo delito ha querido poner el acento no ha en la seguridad, exigiendo en la conducta una aptitud para causar temor, sino en la afectación de la libertad, que queda maltratada por la obsesiva actividad intrusa que puede llegar a condicionar costumbres y hábitos. Por tanto el bien jurídico protegido viene constituido por la libertad individual y el derecho a vivir tranquilo y sin zozobra.

Por lo que se refiere a la conducta típica señala que, a pesar de la elasticidad de los términos utilizados por el legislador (insistente, reiterada, alteración grave) y del esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Y concreta que en todo caso se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean "insistentes y reiterados", exige vocación de

persistencia lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana perturbando los hábitos, costumbres, rutinas o formas de vida de la víctima.

Y si bien reconoce que no están en condiciones de especificar cuándo se cubren las exigencias con que el legislador ha querido definir la conducta punible, esto es, cuándo hay insistencia o reiteración o cuándo adquiere el estatuto de grave la necesidad de modificar rutinas o hábitos, si que pueden decir cuándo no se cubren tales exigencias.

Incide que lo esencial es la capacidad de alterar gravemente el desarrollo de la vida para lo cual son requisitos esenciales:

a) la reiteración.- La reiteración es compatible con la combinación de distintas formas de acoso, y así puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, preo siempre debe tratarse de las acciones descritas en los cuatro apartados del precepto. El delito surge de la sistemática reiteración de unas y otras conductas. Para determinar dicha reiteración señala la sentencia que podrán ser tenidas en cuenta y valorarse incluso aquéllas conductas previstas en el tipo aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito (si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal).

b) la persistencia de las intrusiones. Los concretos actos descritos son por si mismos insuficientes para activar la reacción penal pero su persistencia nutre el valor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar respuesta penal.

Esa persistencia implica implícitamente cierta prolongación en el tiempo, o al menos, que quede patente esa voluntad de perseverar en las acciones, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural.

El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones idóneas que obliguen a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar sus hábitos cotidianos. Para valorar la idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos habrá que atender al estándar del "hombre medio" aunque matizadas por las circunstancias concretas de la víctima tales como vulnerabilidad, fragilidad psíquica...

En el caso concreto no aprecia el acoso sino que estima que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de coacciones leves en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 172.2 Código Penal. Veamos la secuencia de acciones:

- El acusado mantenía relación de pareja sin convivencia con la víctima.

- El 22 de mayo de 2016 sobre las 19:00 horas la llama por teléfono y al no contestar aquélla, efectúa numerosas llamadas tanto al teléfono fijo como al móvil, hasta las 01:30 horas del día siguiente, enviándole mensajes de voz y fotos de su antebrazo sangrando por un corte que se había realizado, amenazando con suicidarse si no le contestaba.

- El mismo día se presenta en el domicilio de la víctima y golpea la puerta reiteradamente pidiendo que saliera amenazando con "liarla" en caso contrario, no abandonando el lugar hasta la llegada de la policía.

- El 30 de mayo regresa al domicilio reclamando la devolución de objetos de su propiedad, gritando desde la calle, teniendo que ser disuadido por la policía para que abandone el lugar.

- El 31 de mayo en el centro educativo al que acuden ambos, vuelve a acercarse a la víctima reclamando una pulsera que aquélla llevaba, intentando quitársela sin que conste el empleo de fuerza tiendo que intervenir un profesor.

- Se declara probado que ese comportamiento estaba motivado porque la denunciante le había solicitado tener más espacio para ella y pasar más tiempo con sus amigas y tenía por finalidad coartar la libertad de la víctima impidiéndole el normal desarrollo de su vida.

Señala el TS que globalmente considerada no se aprecia en la secuencia de conductas, enmarcada en una semana, la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal se agota en la aplicación del tipo de coacciones; la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios; la calma durante el periodo intermedio; la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado que reclama el tipo penal: la alteración grave de la vida cotidiana (que podría cristalizar, por ejemplo en la necesidad de cambiar de teléfono, modificar rutas, rutinas,

lugares de ocio etc..). Considera por tanto que no existen datos para entender la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal.

2. Sentencia TS 554/207, de 12 de julio de 2017

Estudia en dicha sentencia el delito y concluye que se integra por la existencia de la actividad descrita en el tipo penal que debe ser insistente y reiterada, produciendo como consecuencia una grave alteración de la vida cotidiana sin perjuicio de que se produzca en un lapso de tiempo de 48 horas.

Reitera que el bien jurídico protegido supone un ataque al bien jurídico de la libertad individual y al derecho a vivir tranquilo y sin zozobra. El legislador, al tipificarlo lo hace considerándolo como una variante del delito de coacciones incluyendo aquéllas conductas de acecho permanente o intento de comunicación reiterada que sin llegar a las coacciones tienen entidad suficiente para producir inquietud y desasosiego relevante, produciendo una alteración grave de la vida cotidiana .

Señala las notas esenciales del delito, concretándolas en cuatro eso sí, con contornos imprecisos:

a) que la actividad sea insistente. Insistente es equivalente a permanencia a porfía en una cosa.

b) que sea reiterada, repetida.

c) como elemento negativo del tipo, que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado para hacerlo

d) que produzca una grave alteración de la vida cotidiana de la víctima.

Señala que el precepto es impreciso: al referir el precepto "de forma insistente y reiterada" requiere que se trate de reiteración de acciones de la misma naturaleza, un continuum, que se repite en el tiempo. Sin embargo el tipo no concreta ni el periodo en el que debe reiterarse ni el número de actos intrusivos que se precisan pero en todo caso, ese continuum de acciones debe proyectarse en un doble aspecto; a) repetitivo en el momento en que se inicia b) reiterativo en el tiempo, al repetirse en diversas secuencias en tiempos distintos.

Como consecuencia de ello debe producirse una "grave alteración" en la vida cotidiana del sujeto pasivo, y por tal debe entenderse "algo cualitativamente superior a las meras molestias". Tampoco precisa más el tipo penal en este aspecto pero determina que se trate de un delito de resultado : se exige que las conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo decidido, en definitiva, una alteración grave de la vida cotidiana.

Por tanto para determinar si nos hallamos ante este tipo penal deberá analizarse en cada caso, por una parte las acciones desarrolladas por el agente con insistencia y reiteración y, por otra, la idoneidad de aquéllas acciones para alterar gravemente la vida y tranquilidad de la víctima.

En el caso concreto estima concurre el delito de acoso del que tratamos. El acusado el 23 de marzo de 2016 acude a las inmediaciones de un pub donde se encuentra la víctima, la llama insistentemente al teléfono preguntándole dónde se encuentra y enviándole una fotografía en la que aparece ella en ese lugar. El mismo día a las 03:30 horas la localiza en casa de unos amigos y la llama por teléfono diciéndole que saliera y como aquélla no sale, empieza a gritar desde el exterior pidiéndole que saliera, permaneciendo en el lugar una media hora.

El 22 de marzo le llamó en 4 ocasiones; el 23 entre las 03:15 y las 04;53 horas la llama unas 40 veces.

Analizando tales hechos señala que nos encontramos ante una conducta insistente y reiterada con actos repetitivos que se prolongan en el tiempo: una primera secuencia de llamadas el 22 de marzo y, tres secuencias temporales el mismo día 23 de notoria intensidad: cuando la víctima está en el pub, cuando la localiza en casa de unos amigos y cuando le efectúa 40 llamadas de teléfono. Considera que de esta situación se deriva normalmente la consecuencia de grave alteración de la vida cotidiana que excede de la mera molestia como lo demuestra el hecho de que la víctima tuvo que pedir una orden de alejamiento del recurrente, que le fue concedida.

IV. CONCLUSIONES

La expresa tipificación de la concreta figura del acoso personal, hostigamiento o "stalking" en el derecho positivo español dentro de los delitos contra la libertad ha de

ser celebrada precisamente ante el vacío legal existente hasta la fecha y que impedía la punición de determinadas conductas susceptibles de ser sancionadas atendiendo a su gravedad y trascendencia sobre la libertad de obrar de quienes las padecen .

No obstante, la regulación resulta en algunos aspectos imprecisa e indeterminada precisando la interpretación de los tribunales si bien debe destacarse como aspecto positivo, la exigencia típica de un patrón de conducta incluyendo un elenco de posibles formas de actuación típicas así como el establecimiento de una cláusula concursal que resolverá problemas que puedan suscitarse en casos de concurrencia con otros tipos delictivos.

En cualquier caso resulta destacable que para poder considerar que nos hallamos ante esta figura lo esencial será la acreditación de las modalidades conductuales contempladas, su insistencia, reiteración así como necesariamente, su idoneidad para provocar una grave alteración de la vida diaria de la víctima, y la acreditación de cierta perdurabilidad en la conducta.

* * * * * *

Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Abogado en ejercicio. Doctorando. Máster en Derecho deportivo. Ex-magistrado suplente. Socio FICP.

~Diferencias conceptuales entre imputado, investigado, procesado y encausado. Derecho de defensa~

Resumen.- Con este trabajo, se pretende analizar las diferencias conceptuales entre imputado, investigado, procesado y encausado consecuencia de la reforma procesal acometida con la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su origen pertinencia y oportunidad. Se podrá observa como el paso del tiempo ha influenciado en la terminología penal denostando el uso del termino imputado, hasta que por la Ley señalada, el legislador ha considerado la necesidad de suprimir su utilización siendo sustituido por el de investigado. Paralelamente y por su estrecha vinculación se realizara breve análisis, a modo de antecedente, del principio de defensa y una breve reseña sobre el art. 118 LECRIM.

Palabras Clave.- Acusado, condenado, derecho de defensa, encausado, imputado, investigado, penado, procedimiento, proceso penal.

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales y dicho de modo casi coloquial, en todo proceso penal, tanto en el procedimiento ordinario, procedimiento abreviado y en los juicios rápidos, existen tres fases: **fase inicial, con la Instrucción del proceso (investigación), preparación del juicio oral o fase intermedia (apertura del juicio oral) y el juicio oral.**

En cualquiera de estas fases siempre existirán personas a las que se les intenta imputar el hecho delictivo, y a veces habrá perjudicados y como consecuencia con las posibles responsabilidades civiles derivadas del presunto delito.

Pues bien, la persona o personas a la que se le imputa un delito y están siendo investigados **habrá cometido el presunto delito si en la Sentencia se les declara culpable**, en el transcurso hasta esta, estas personas, sólo tendrán la consideración de investigados y enjuiciados.

A partir de la LO 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se dispone la «sustitución de términos» en un detallado catálogo de artículos de la ley procesal; así en los artículos 120, 309bis, 760, 771, 775, 779, 797, 798, de la LECrim., se verá sustituido el término **imputado por el de investigado**; en los artículos 325, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 511, 529, 530, 539, 544ter, 764, 765, 766, 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) el de **imputado" por investigado o encausado**; en el artículo 141

la expresión **"imputados o procesados"** se sustituye por **"investigados o encausados"**; en los artículos 762, 780, 784 se sustituye **"imputado" por "encausado"**; y en los artículos 503 y 797 la mención **"imputada" deberá entenderse hecha a "investigada"**.

II. ORIGEN DEL CAMBIO DE DENOMINACION DEL SUJETO PASIVO

Debemos remontarnos a los principios básicos constitucionales y del derecho penal de nuestro ordenamiento jurídico y en particular a uno de los relevantes, como es el **derecho de defensa.** Es imposible, por evidentes cuestiones de espacio por mucho que nos gustaría, remontarnos "al origen de todos los orígenes" del derecho de defensa, por lo que solo se dejara referenciado a modo de mención una obra relativamente reciente que profundiza en este extremo[1].

No se puede obviar, la contraposición de fuerzas (principio de contradicción) existente entre el interés que el sujeto pasivo tiene de ejercer este derecho y el resto de interlocutores (sujeto activo, Estado, cuerpos y fuerzas de seguridad, órganos judiciales, sociedad en general…) en conseguir reprender, reprobar y (ya con un derecho penal mas moderno) prevenir la realización de ilícito.

En fechas recientes a la reforma obrada con LO 13/2015, en palabras de MANUEL MARCHENA[2]: "para dotar de plena efectividad al derecho, mas allá de su mero reconocimiento formal, resulta necesario asegurar tres condiciones imprescindibles para su vigor material: la comprensión por los sospechosos y acusados del contenido de las actuaciones procesales, un pleno conocimiento de la atribución delictiva y una asistencia letrada integral, lo que se consigue con la implantación en nuestro Derecho de las medidas previstas por tres Directivas europeas de gran trascendencia en la materia, la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales (que había de ser transpuesta antes del 27 de octubre de 2013), la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de información en los procesos penales (cuyo plazo de transposición finalizo el 2 de junio de 2014) y la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en

[1] GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás / DEMETRIO, Eduardo, Legalidad y Defensa, Capitulo I "el Derecho de defensa y la Marca de Cain", Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, pp.. 17 a 62.

[2] MARCHENA, Manuel / GONZÁLEZ-CUELLAR, Nicolás, La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015, 2015.

los procedimientos relativos a la orden de detención europea, sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con un tercero y con autoridades consulares (con posibilidad de transposición hasta el 27 de noviembre de 2016).”

Por lo que se refiere a una breve reseña a lo largo de nuestras anteriores Leyes de Enjuiciamiento Criminal, destaca lo vanguardista para la época que suponía el reconocimiento del derecho de defensa en la fase de instrucción, tras el auto de procesamiento, no dejaba de coartarse este derecho al no ser informado el sujeto pasivo de los hechos que se le atribuían, ni se le asignaba defensa letrada.

En palabras de MANUEL MARCHENA[3], con el cambio de nomenclatura: “Se trata, en definitiva, de impedir que la llamada al proceso para ejercer la defensa no equivalga a condena social y así excluir la perniciosa función “intimidatoria y estigmadora” del proceso que LUIGI FERRAJOLI considera “una moderna estrategia del control penal” que ha sustituido a su finalidad garantista.”.

III. DERECHO DE DEFENSA EN EL ART. 118 LECRIM.[4]

[3] MARCHENA /GONZÁLEZ-CUELLAR, La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015, 2015.

[4] *Artículo 118.*

1. Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:

a) Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.

c) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527.

e) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

f) Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127.

g) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.

h) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

La información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje

Precisamente este artículo, es una de las bases que por su especial confusión terminológica a la hora de su redacción con anterioridad a la reforma por LO 13/2015 sirven como impulso para la adopción de la nueva terminología, al tiempo, que por la obligación de transposición de las Directivas europeas, mencionadas en anterior epígrafe.[5]

---

comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

2. El derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena.

El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos.

3. Para actuar en el proceso, las personas investigadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para hacerlo.

Si no hubiesen designado procurador o abogado, se les requerirá para que lo hagan o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

4. Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial.

Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.

Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria.

5. La admisión de denuncia o querella, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables.

[5] Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales (que había de ser transpuesta antes del 27 de octubre de 2013), la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de información en los procesos penales (cuyo plazo de transposición finalizo el 2 de junio de 2014) y la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento

Resalta MANUEL MARCHENA[6] que: "El nuevo texto presenta las siguientes novedades:

1. La enunciación de los derechos instrumentales del derecho de defensa;
2. La regulación mas detallada del derecho al conocimiento de la imputación;
3. El reconocimiento del derecho del detenido a la entrevista previa con su letrado; y
4. La regulación de la intervención de las comunicaciones entre el investigado con su abogado.

Hay que desarrollar, al menos mínimamente, a tenor de la temática del presente estudio, el punto 1 y 2.

Por lo que se refiere al derecho de defensa viene regulado en los apartados primero y quinto del art. 118, ya que con la atribución de un hecho considerado punible, la detención de un sujeto, tiene como consecuencia la llamada al proceso de dicho sujeto como **investigado, encausado o procesado**. Consecuencia de ello, dicho sujeto se vera revestido de ciertos derechos instrumentales a modo enunciativo y conforme a Marchena:[7]

a) Derecho al conocimiento de la infracción penal atribuida
b) Derecho al conocimiento de las actuaciones
c) Derecho a la actuación en el proceso penal
d) Derecho a la asistencia letrada
e) Derecho al silencio
f) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita
g) Derecho a interpretación y a la traducción
h) Derecho a ser instruido de sus derechos

Por otro lado, en lo que se refiere al derecho de conocimiento de la imputación se desarrolla su regulación conforme al art. 520 LECRIM mas concretamente en su apartado 2 y 2 bis. al que me remito en aras a una mayor brevedad a la literalidad del mismo.[8]

---

de la privación de libertad y a comunicarse con un tercero y con autoridades consulares (con posibilidad de transposición hasta el 27 de noviembre de 2016).

[6] MARCHENA/ GONZÁLEZ-CUELLAR, La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015, 2015, p. 101.

[7] Ídem.

[8] *2. Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones*

IV. IMPUTADO E INVESTIGADO

Según la Real Academia de la Lengua[9] se define ***Investigar***: Indagar para aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente.

Adentrándonos en el presente termino, en una primera aproximación jurídica, por ***Investigado*** se puede entender: la **persona a la cuál se le imputen unos presuntos hechos delictivos**, que serán objeto de investigación judicial para ver si objetivamente hay base suficiente para sostener una acusación futura, es decir, para ver si se va a poder enjuiciar al investigado por el delito. En este caso estamos en la fase de instrucción del procedimiento abreviado (art. 775 LECrim).

---

motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible.

d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.

f) Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.

g) Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.

h) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje.

i) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

j) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla.

Asimismo, se le informará del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda.

En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

2 bis. La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

[9] Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Edición 22ª, publicada en 2001, publicación Edición 23ª para octubre de 2014, aun no disponible en soporte digital.

Por otro lado ***Imputar*** es atribuir a otro una culpa, acción o delito, y por ello, en sentido vulgar, investigado es aquella persona a la que alguien atribuye con un mínimo de seriedad y pruebas la autoría o implicación en un delito. Tradicionalmente, se ha venido utilizando el término imputado. Sin embargo, la connotación peyorativa que durante los años ha ido asociada al término ha llevado al legislador –a través de la reforma operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre- ha sustituir la denominación de "imputado" por la de "investigado" o "encausado".

Por su parte en la doctrina procesal penal se ha ido usando el término ***Imputado*** como sinónimo de inculpado, sospechoso, investigado, etc.

La consecuencia práctica de ganar la calidad procesal de investigado es que en ese momento surge el derecho de defensa en él, y por tanto, además de deber ser informado de los hechos en que se le involucra, puede ejercitar todo el estatuto del derecho de defensa, pudiendo personarse en la causa con Abogado y Procurador, pidiendo diligencias, enterándose del contenido de la misma, recurriendo lo que no sea acorde con sus intereses, y pretendiendo lo que lo sea, singularmente, en su caso, el sobreseimiento.

Por el contrario la cualidad de investigado le hace susceptible de que se adopten en su contra todo tipo de medidas cautelares, ya sean personales, para asegurar su presencia a disposición de la investigación, ya sean reales, para responder en su día de las posibles consecuencias civiles que se puedan derivar de la acción y de los hechos en que se le involucra.

Por otro lado, tradicionalmente el término imputado se ha empleado en Derecho Procesal Penal en un *sentido más formal* según el cual en un momento más avanzado del proceso se eleva el rango del mero sospechoso investigado a algo definitivamente mayor (investigado), por haberse desprendido de las diligencias practicadas en las actuaciones indicios racionales suficientes de que él pueda ser el responsable criminal de los hechos sometidos a proceso. No obstante, tras el cambio de denominación, para dicha situación más madura puede reservarse el término encausado que posteriormente se va a analizar con mayor detenimiento.

La capacidad para ser parte e intervenir en el procedimiento como investigado la ostentan solo las personas físicas y vivas que tengan la aptitud necesaria para participar de modo consciente en el juicio, comprender la acusación formulada contra él y ejercer

el derecho de defensa. Según dispone el artículo 19 del CP, los menores de 18 años no serán responsables criminalmente. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo, podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor, en concreto, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

En cuanto a las personas jurídicas, el artículo 31 del CP dispone que quien actúe como administrador de hecho o de derecho de las mismas responderá personalmente, aunque no concurran 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 en cuya representación obre.

V. PROCESADO

Según la Real Academia de la Lengua[10] se define ***Procesar***: Formar autos y procesos. Declarar y tratar a alguien como presunto reo de delito.

Adentrándonos en el presente termino, en una primera aproximación jurídica, por ***Procesado***: Esta situación es **asimilable a la de investigado**, pero la LECrim. en su art. 384 da una definición más extensa, "Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada", es decir, desde ese momento se le investigará como presunto autor del delito (que como el investigado, no quiere decir que sea el autor del delito). Seguimos estando en una fase de instrucción, en este caso del procedimiento ordinario y por ello la instrucción se denominará sumario.

En el Sumario ordinario, el investigado pasará a tener la consideración de procesado desde que recae el auto en que así se le declare, término que podrá utilizarse indistintamente con el de investigado hasta que recaiga auto de conclusión sumarial, y con el de encausado a partir de ese momento.

VI. ENCAUSADO.

Según la Real Academia de la Lengua[11] se define ***Encausar***: Formar causa judicial contra alguien. En la línea de este termino nos encontramos con ***acusar***: señalar a alguien atribuyéndole la culpa de una falta, de un delito o de un hecho reprobable.

[10] Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Edición 22ª, publicada en 2001, publicación Edición 23ª para octubre de 2014, aun no disponible en soporte digital.

[11] Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Edición 22ª, publicada en 2001, publicación Edición 23ª para octubre de 2014, aun no disponible en soporte digital.

Adentrándonos en el presente termino, en una primera aproximación jurídica, por ***Encausado***: Anteriormente llamado "acusado" quizás mucha mejor terminología que la actual, dado que será encausado la **persona contra la que se dirija la acusación del Fiscal y, cuando esté personada, de la acusación particular o popular**. Es decir, una persona estará encausada cuando se concrete la calificación de los hechos y se solicite la apertura del juicio oral contra ella. Se dará en el proceso en su fase intermedia o preparatoria del juicio oral.

Cuando la investigación judicial avanza y concluye corroborando los elementos de la incriminación, el **investigado pasa a tener la consideración de encausado** y, una vez formalizada la acusación y abierto el juicio oral en su contra, pasará a tener la **condición de acusado**, en el Procedimiento Abreviado y en el Procedimiento de Jurado. También en este procedimiento ordinario, una vez formalizada la acusación pasará a considerarse acusado, hasta que recaiga sentencia definitiva, que cambiará su estatuto por el del absuelto o condenado, según el sentido de la sentencia.

VII. CONCLUSIONES

Por lo que respecta a la nueva terminología empleada por la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, esto es, la utilización de los términos "investigado" y "encausado" en lugar de "imputado" y "acusado", la exposición de motivos indica expresamente que: *"la reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible"*.

Así, partiendo de la supresión del concepto de imputado por las razones expuestas, de manera sintética debemos llegar a la conclusión definitoria de los términos actuales analizados en los siguientes términos:

- **Investigado**: Se identifica así a la persona sometida a investigación por su relación con un delito. Es, por tanto, la persona a la que se atribuye la comisión

del hecho delictivo, bien sea por la admisión a trámite de una denuncia (en la misma se le referirá como "denunciado") o querella (llamándosele "querellado"), bien por la remisión al Juzgado del atestado policial. Una vez se haya iniciado el proceso, éste se dirigirá contra el "investigado", se dará comienzo a la fase instructora y se practicarán las correspondiente diligencias. Establece el TC que no puede clausurarse la fase de instrucción (a no ser que sea para acordarse el sobreseimiento o archivo) sin haberse puesto en conocimiento del investigado el hecho punible objeto de las diligencias, ilustrándosele de sus derechos, lo que ocurre en la primera comparecencia del investigado del articulo 775 LECrim.

- **Encausado**: Se identifica así a la persona a la que la autoridad judicial, **una vez concluida la instrucción de la causa**, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto, porque los elementos recogidos durante la investigación previa le relacionan decididamente con el delito perseguido.
- **Procesado**: es la persona contra la que se dirige el procedimiento Sumario ordinario desde el momento en que recae sobre ella un auto o declaración formal de procesamiento. El articulo 384.1 LECrim.

De lo expuesto, se puede llegar al siguiente ESQUEMA SINÓPTICO:

- **Imputado:** Es un termino que ya no existe desde los imputados pasan a llamarse:
- **Investigado:** sujeto pasivo que se le atribuyen unos presuntos hechos delictivos que serán objeto de una investigación judicial.
- **Procesado:** Ya sea **Investigado** o instruido en la causa penal, si hay indicio de criminalidad se dicta el Auto de Juicio oral y entonces, **Investigado** pasa a **Procesado.**
- **Encausado:** Antes se le llamaba "acusado" y valga la redundancia, será la persona contra la que se dirija la acusación (particular o popular) y/o la del fiscal.

Como EJEMPLO PRÁCTICO aclaratorio y a mayor abundamiento: Cristiano se ha visto envuelto en una pelea y alguien le ha denunciado. Sera llamado a declarar ante su S.Sª en calidad de INVESTIGADO y si al investigar los hechos existe algún indicio

de criminalidad será PROCESADO. Si tras investigar los hechos su S.Sª llega a la conclusión que se le puede acusar en juicio pidiéndole responsabilidades (penales, civiles, etc.) por los hechos cometidos y así se lo solicita el Ministerio Fiscal o las acusaciones, Fernando, pasara a ser ENCAUSADO.

Por tanto, el investigado seria aquel frente al que se dirige el proceso penal por existir indicios de criminalidad que se investigan. Cuando se dicta auto de procesamiento en un sumario, estamos ante procesado, pero cuando se dicta auto de procedimiento abreviado en el ámbito de las diligencias previas seguimos ante investigado y sólo cuando se le acusa por el MF o las acusaciones estaremos ante acusado o encausado. Convendría hacer estar precisiones.

En definitiva, ha quedado patente, que en parte, estos problemas tienen su origen en la confusión terminológica de las propias leyes, que además entran a veces en contradicción con las definiciones del propio *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, antes de la reforma, mezclaba casi todos esos vocablos.

Así, la simple garantía procesal de que una persona acudiese ante el juez acompañada de abogado ya permitía emplear la palabra "imputado" (pues formalmente se le podía atribuir algo), aun cuando quedara lejos la última fase de la instrucción en la cual se establecieran los motivos para que fuese a juicio y resultara por tanto "imputado" judicialmente. Con la actual modificación, al menos, a mi juicio, se diferencian esas dos fases mediante dos palabras distintas: con un primer escalón en "investigado" y otro posterior en "encausado".

Como casi todo, tiene un reverso, no se puede obviar, la "conveniencia política" del cambio terminológico, además de con la excesiva celeridad y de manera excesivamente prolija con la que se tiende a legislar últimamente, y por desgracia, muchas veces mas buscando beneficios propios (evitar el escandalo de verse señalado como imputado con los nuevos delitos que se han ido introduciendo poco a poco en nuestro código penal; o bien la "perdida de escaño" con lo que repercute a nivel personal y crematístico para el político de turno)…

No son pocos, junto a MANUEL MARCHENA, que vaticinan la inoperatividad de esta reforma a medida que el tiempo pase sobre la misma: "investigado y encausado,

adquirirán la misma connotación significativa estigmatizadora que los vocablos que sustituyen…"

* * * * * *

Dr. Santiago Javier Granado Pachón
Juez sustituto. Socio FICP.

~Fundamentos de la justicia restaurativa~

I. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: FUNDAMENTOS

No puede obviarse que vivimos unos tiempos caracterizados por un uso desmesurado del derecho penal. El corte retributivo, se encuentra tan presente en el espíritu del legislador que posterga la función de reinserción de las penas en pro de contentar al rigor punitivo, hasta tal punto que convierte el derecho penal en un extraño talismán capaz de dar respuestas a todo tipo de problemas sociales sea éste el machismo, las relaciones de dominación en la violencia de género, la desigualdad social, la drogodependencia o la precariedad, que en definitiva, laten detrás de la criminalidad urbana;[1] sin soslayar la delincuencia juvenil, cuyo tratamiento paralelo a una justicia de esta naturaleza puede provocar consecuencias negativas sobre todo por la estigmatización generada a través del proceso penal, en atención al hecho de que las medidas o tratamiento que agrupan a infractores de esta naturaleza, producen un fenómeno de etiquetamiento que además tiende a que el joven delincuente vuelva a cometer otras infracciones.[2] No obstante, este "modelo de litigiosidad" tendente a la retribución, tampoco es asumible por la administración de justicia que determina todos su esfuerzos de tiempo y dinero a pesar de la palpable carencia de medios personales y materiales, en resolver asuntos de mayor relevancia o gravedad, en detrimento de otros que también lo tienen, sin que sea producente en líneas político-criminales, pues sigue provocando una genérica insatisfacción en los destinatarios y usuarios de la justicia, que se muestran insatisfechos por sus resultados.[3] En este sentido cabe decir, que cuando el propio sistema penal al que determinados sectores de la dogmática le asignan funciones de confirmación de la vigencia de la norma y de preservación y restablecimiento de la paz social genera un exceso de violencia que perturba los fines que lo legitiman, se torna inhábil para preservar y restablecer precisamente esa paz social buscada, bloqueándose y generándose la aludida "desconfianza" por la insatisfacción de los

[1] Cfr. MARTÍN RÍOS, M.P., Consideraciones acerca de la Circular 9/2011 de la FGE sobre criterios de actuación especializada de Ministerio Fiscal en Materia de Reforma de Menores. Anuario de Justicia de Menores, Editorial Astigi, 2011, p.5.

[2] Cfr. HIGTON, E.I/Álvarez, G.S/Gregorio, C.G., La resolución alternativa de conflictos y sistema penal, la mediación penal y los sistemas víctima y victimario, Edit. ADHOC. Buenos aires. 1998, p. 60.

[3] Cfr. PERULERO GARCÍA., Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal, en mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbito, Tecnos, Madrid, 2011, p. 454.

resultados propuestos. De ahí que los modelos totémicos funcionalistas, a través del cauce procesal, revierten la confianza y seguridad pretendida, proporcionando una sorpresiva inseguridad y desconfianza hacia aquella, que se traslada a las normas.[4] Es más, el legislador tradicionalmente ha caído en el olvido acerca de las necesidades de las víctimas,[5] quienes tienen el sentimiento natural que en el proceso penal vienen a cumplir una mera función probatoria, sobre la que sustentar la acusación del Ministerio Publico, como meros servidores del proceso. Dilema, que con razón, incrementa el grado de frustración e impotencia de aquellas frente al Infractor y frente al Estado, ante

[4] Sobre estos resultados negativos para los destinatarios de la administración de justicia, son habituales en el ámbito de la violencia doméstica, en el que puede detectarse la violencia ejercida por el sistema procesal penal, sin que éste ofrezca otras posibilidades de remedio. Imaginemos dos hermanos convivientes en un mismo domicilio familiar, hombre y mujer, el primero de 25 años de edad y el segunda de 22, entre quienes surge una discusión motivada por acceder a un determinado programa televisivo y que lleva a que el varón agreda a su hermana dándole repetidos golpes en la cara y en el cuerpo, causándole lesiones. Resulta que la mujer no denuncia, pero "*la notitia criminis"* llega al juzgado no por su denuncia expresa, a la sazón hermana del agresor, sino por el llamado "parte judicial" de los servicios sanitarios correspondientes, incoándose el procedimiento penal correspondiente y ordenándose la detención del hermano agresor; quien, tanto en su declaración ante la guardia civil como en el juzgado, mantiene que fue una pelea entre hermanos y que otras veces le tocaba a él recibir los arañazos, reiterando que no consideraba que estos hechos fueran delito alguno. En este contexto procesal, añadimos que la mujer renuncia tanto a las acciones civiles y penales, aunque declara que su hermano es bastante impulsivo y que a veces se peleaban entre ellos. No obstante, a pesar de la inexistencia de denuncia expresa de la víctima, el Ministerio Fiscal no solicita el archivo, instando la continuación del procedimiento, cuya instrucción llega a durar más de un año y medio. A tales efectos, el Ministerio Público solicita una orden de prohibición de acercamiento y de comunicación, por lo que el presunto agresor se ve obligado a abandonar el domicilio familiar en el que vivía con sus padres y sus hermanos, sin que el núcleo familiar llegue a comprender la medida impuesta. Como se vislumbra, la repercusión familiar y social es cruenta, pues por una lado sus padres no se explican en qué lugar va a vivir su joven hijo, su hermana no quiere que su hermano se aleje de ella, y por último, el afectado tampoco comprende que lo que había hecho tuviera tanta relevancia como para romper a su familia de ese modo, durante un tiempo que además en aquél momento se presentaba incierto. Además, la situación social del joven disminuye, porque se ve obligado a residir junto con unos amigos de la misma edad, que mal viven en un piso alquilado durante el tiempo del procedimiento, sin que tal ambiente favorezca la estabilidad social, que ya poseía cuando vivía con su familia. Una vez acabada la instrucción y llegada la vista oral después de un año y medio, los hermanos se reconcilian, acogiéndose a su derecho a no declarar conforme al artículo 416 de la LECRM, dictándose sentencia absolutoria. Pues bien, atendiendo a éste caso, la violencia ejercida por el proceso es tal, que originó en los protagonistas una gran desconfianza en el funcionamiento de la administración de Justicia.

[5] Por lo que respecta al origen de la justicia restaurativa, numerosos autores se remontan a la famosa lex Talionis Babilónicas como antecedentes de la compensación, pasando más adelante a considerar las restituciones económicas por la comisión de delitos durante al edad media. Vid, FUNES I ARTIAGA, J., Mediación y justicia juvenil. Fundació Jaume Callís. Barcelona. 1995, p. 27. También Vid. ROIG TORRES, M., La reparación del daño causado por el Delito. Aspectos civiles y penales, irant lo Blanch. Valencia, 2000. pp. 33 y ss. En el mismo sentido GALAIN PALERMO, P., La reparación del daño a la víctima del delito, Tirant lo Blanch, Valencia. 2010,p. 126. Otros en cambio acuden a la justicia restaurativa de Canadá y de los EEUU iniciada en los años setenta. Vid, LAMARCA PÉREZ, C., La mediación penal: una alternativa a la solución de conflictos, en colegio oficial de psicólogo de Madrid: Mediación: Una alternativa extrajurídica, Colegio Oficial de Psicólogos, Delegación de Madrid, 1995,p. 134. También vid, LARRAURI PIJOAN, E., La reparación, en CID MOLINE, L/LARRAURI PIJOAN, E (coord), penas alternativas a la prisión. Bosch, Barcelona, 1997,p. 173. Por otro lado, no faltan quienes como TAMARIT SUMALLA, J.M., La reparación a la víctima en el derecho penal, estudio y crítica de las muevas tendencias político-criminales. Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994,p. 105, ven el origen de la justicia restaurativa en los pueblos germánicos.

la inexistencia eficazmente desarrollada de mecanismos de expresión y de gestión dialogada, que amainen la tensión generada por el conflicto derivado del delito. Es fácil observar las dificultades prácticas que puede encontrar una víctima de un hecho delictivo para simplemente obtener información fluida de su propia causa.[6] Las víctimas requieren un conocimiento preciso sobre sus expectativas con respecto al resultado del juicio, así como sobre la posibilidad de obtener una reparación adecuada a lo que necesitan.[7] Tan es así, que estas necesidades han tenido repercusión en la Unión Europea a través de la Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europa relativo al "Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal" que recoge unas bases de actuación, de las que el Estado Español, ha estado haciendo caso omiso hasta la publicación del Estatuto de la Víctima el día 28 de Abril de 2015.[8] No obstante es de elogiar que el artículo 15 de esta Disposición permita a la víctima acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, bajo el cumplimiento de una serie de requisitos, como que no esté prohibida por la ley por la naturaleza del delito cometido, en clara referencia subrepticia a la violencia de género; aunque en todo caso cabe decir, que no existe aún una legislación de mínimos que abarque todos los aspectos fundamentales de esta forma de resolución de los conflictos intersubjetivo de intereses, ni mucho menos se eleva la categoría fundamental al modelo restaurativo con esta finalidad. En realidad, el modelo restaurativo,[9] nace como reacción

---

[6] Es significativo en este aspecto las vivencias de las víctimas en los pasillos de los juzgados- *en los que no existen salas de esperas para ellas*- a las que se les priva de su protagonismo como perjudicadas, cuando no son parte, en las denominadas conformidades. Ni el Juez ni el Fiscal, tiene obligación de escucharlas. No entran en la Sala. Y simplemente se les comunica por el agente judicial, que como el abogado defensor y el Fiscal han llegado a una conformidad, ya pueden marcharse. (La explicación de la que es acreedora la víctima corre a cargo del Ministerio Fiscal conforme a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/10).

[7] Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, V., Necesidades de las víctimas, cuando el delito llega a los Tribunales, en ¿ qué es justicia restaurativa? Disponible en www.justiciarestaurativa.org. 2015.

[8] Vid. Ley 4/2015 de 27 de Abril del Estatuto de la Víctima, a través de este Estatuto se establece el derecho de la víctima a recibir información sobre ciertos hitos de la causa penal, tales como la resolución por la que se acuerde iniciar o no el proceso, la Sentencia que ponga fin al mismo, las resoluciones acuerden la adopción de medidas cautelares, entre otras, tal y como vienen referidas en su artículo 7.

[9] Aunque es difícil determinar el origen de este modelo de justicia, lo cierto es, que en sus comienzos se observa cierto ligamen con la justicia juvenil. Siguiendo a DOMINGO DE LA FUENTE, V., Justicia restaurativa y mediación penal, en revista de derecho penal Lex Nova, nº 23. Valladolid, 2008, se recoge el siguiente acontecimiento: "En 1974, la primera Corte que ordenó una Sentencia de justicia restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario. Dos jóvenes, capturados tras una parranda bandolina que dejó 22 propiedades dañadas, lo hicieron y gradualmente pudieron restituir el daño que habían causado. El éxito de este caso permitió el establecimiento de primer programa de justicia restaurativa, conocido como programa de restauración entre víctima y ofensores. En Elkart, Indiana el programa fue iniciado a pequeña escala en 1977- 1978 por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979, este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada "el centro para Justicia Comunitaria". Por otro en lado, es necesario resaltar que en nuestro

por parte de un buen número de sectores muy heterogéneo[10] a la insatisfacción que provoca el sistema clásico en la respuesta al delito, a las reales consecuencias de la pena privativa de libertad, al abandono de la víctima en el proceso penal y a la creciente complejidad y conflictividad social, y como vemos, este sistema sigue manteniendo su hegemonía en el modelo de justicia. La "justicia restaurativa" se caracteriza por el cambio en el punto de observación del fenómeno criminal, que ahora pasa a ser el conflicto surgido entre las partes implicadas en el fenómeno delictivo.[11] Nace por ello, con una vocación sanadora, este sistema, cuyo promotor principal fue el endocrinólogo y profesor David WEXLER[12] quien combina para configurar adecuadamente este sistema, tres elementos fundamentales: La víctima, la rehabilitación y la pacificación social, siempre con la finalidad de restaurar el daño causado en el plano personal, pero también el irrogado a la sociedad. El elemento clave que toma para su configuración es la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y emocionales de los ciudadanos implicados en los procesos penales, así como de la colectividad. Se trata de arbitrar un proceso en el que el infractor y la víctima se erijan en dueños del conflicto con la finalidad de conseguir una comunicación directa entre ellas. En éste ámbito destaca Nils CHRISTIE[13] para quien el conflicto no es de hecho algo que deba resolverse, sino algo que también debe poseerse. Para este autor, el sistema de justicia penal es el resultado del robo por parte del Estado del conflicto entre la víctima y el delincuente, lo

---

derecho, la justicia Restaurativa suele definirse identificándola plenamente con una de las herramientas con las que puede llegarse a su consecución, esto es, con la mediación; que en realidad constituye la técnica jurídico-procedimental más utilizada dentro del desarrollo de este modelo de justicia, existiendo muchas más.

[10] Entre estos sectores se encuentra la doctrina abolicionista, que en Europa cuenta con algunos partidarios entre los criminólogos – más que entre juristas- que se basa en la idea de que los clásicos inconvenientes del Derecho penal estatal predominan sobre sus ventajas. Parte de que con un aparato de justicia al servicio de la lucha contra el crimen no se puede conseguir aquello que no se pueda avanzar mediante al eliminación de las causas sociales de la delincuencia y si se diere el caso, a través de medidas extraestatales de mediación, actividades dirigidas a la reparación del daño y otras semejantes tan buenas o menores. Vid. ROXIN, C., Fundamentos político-criminales del derecho penal. 1ª Edit. Buenos Aires. Hammurabi. 2008,p. 338

[11] Es importante resaltar, que la idea de justicia restaurativa debe vincularse a concepto clásico de restablecer la paz social, y no al resarcimiento de la víctima. Como afirma CÁMARA ARROYO, S., Justicia restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina, en revista de justicia restaurativa, nº1, Octubre de 2011,p. 12, algún autor ha mencionado que éste pensamiento se encontraría en la filosofía clásica de Aristóteles, para quien el objeto de la justicia es restaurar un orden alterado por una acción ilícita. Ciertamente, si consultamos ARISTÓTELES, La política, Pol. 1253 a 35-37., en ella se hace una importante analogía entre el orden de la comunidad en su conjunto y el concepto de justicia.

[12] Vid. WINICK, B / WEXLER, D., Judging in a therapeutic key: therapeutic jurisprudente and the courts. North Carolina. 2003, citado por Ríos Martín, JC., La protección de la víctima como coartada legal para el internamiento punitivo, en la ley de responsabilidad penal del menor: situación actual, VVAA, CGPJ, Madrid, 2006, p. 13.

[13] Cfr. CHRISTIE, NILS., Los conflictos como pertenencia, en los delitos y las víctimas. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc, 1992.

que representa una pérdida real y seria. No obstante y a mi juicio, adelanto mi conformidad con las posibilidades de disposición del conflicto por los generadores del mismo; si bien, tampoco cabe reducir la resolución de éste, a modo de " justicia privada", sino que el Estado y la comunidad deben intervenir en aquella posibilidad, pues algo deben decir ante el conflicto en el que se encuentra inmiscuido uno de sus ciudadanos. Por eso y en realidad, lo llamativo de este modelo de justicia es la pretensión de trasladar el estudio del fenómeno criminal del delito al conflicto, o dicho de otro modo, podemos decir, que lo relevante de la comisión de un hecho delictivo se encuentra en que éste origina un conflicto entre las partes implicadas en el delito. Un conflicto, que como cualquier otro, lejos de ser aludido o negado, es una realidad intersubjetiva que ha de intentar ser gestionada de la mejor de las maneras.[14] Este modelo se ha definido como la filosofía y el método de resolver los conflictos penales que atienden primordialmente a la protección de la víctima y al establecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunicativo y el encuentro personal entre los directamente afectados con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puesta de manifiesto por los mismos, devolviendo una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones y procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.[15] Otra manera de definir la Justicia Restaurativa es la de entenderla como un sistema de resolución de conflictos que tiene como finalidad llevar a los integrados en la tensión delictual a la situación previa a la comisión del hecho delictivo[16], con pretensiones de integración social para el infractor. Esta pretensión se justifica porque uno de los polos de este modelo de justicia, es la lesión previa a la comisión material del delito que puede padecer el infractor,[17] y que de alguna manera incide en la conducta delictiva. Valga como ejemplo, el hecho de que la mayoría de los

[14] Cfr. SARRADO SOLDEVILLA, La mediación en uno de sus ámbitos de aplicación: La justicia Penal Catalana. Edu. Soc., 1998,p. 101

[15] Definición formulada por RÍOS MARTÍN/ MARTÍNEZ ESCAMILLA/ GALLEGO DÍAZ/ JIMÉNEZ ARBELO, Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del CGPJ, 2008, en www. icasal.com/pdf/.../info %MedPenal%20Estatal%20CGPJ.doc.

[16] Vid. FRIEDMAN VOLOSKY, Lorely, Justicia Restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles. Publicaciones de derecho penal Europeo e Internacional. Disponible en www.cienciaspenales.net.p.3. Para estos autores, la Justicia Restaurativa construye el concepto de dominio (pertenencia) destacando con ello, el derecho de toda persona a sí mismo, a su integración, al contexto que lo rodea, su red de relaciones, sus bienes, y la percepción de que lugar ocupa en la comunidad".

[17] A este respecto son esclarecedoras las palabras de NILS CHRISTIE, Los límites del dolor, FCE, México, 1984, " La pobreza, la miseria y la falta de educación se han de combatir por medio de escuelas y ayuda social, pero nunca a través de las prisiones".

delitos cometidos por adictos a sustancias psicoactivas, lo hacen por mantener su adicción, y en muchos casos los ofensores sexuales, especialmente los pedófilos, han sido víctimas de la misma conducta en su niñez o adolescencia, y por tanto repiten la actividad delictiva de su niñez.[18] Por su parte, Howard ZEHR[19] la entiende como un proceso que involucra en la medida de lo posible a los afectados por el delito, para que colectivamente puedan identificar y abordar los daños ocasionados por el delito. Las Naciones Unidas, la entienden, como una respuesta evolucionada del crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, y promueve la armonía social a través de "la sanación" de la víctima, infractor y comunidad.[20] Por último, la declaración de Viena[21] sobre la delincuencia y la Justicia, frente a los retos del S.XXI, motivó el desarrollo de políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que fuesen respetuosos con los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, y todas las demás partes. Además de su evidente carácter integral, este modelo de justicia responde a un conjunto de principios básicos que se estiman necesarios para lograr la efectividad de su implementación. Así, en Agosto de 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptó una resolución convocando a los Estados Miembros que están implementando programas de justicia Restaurativa, a hacer uso del conjunto de unos principios básicos, sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. Estos principios ofrecen una guía importante para los creadores de políticas, las organizaciones comunitarias y los funcionarios de la justicia penal involucrados en el desarrollo de respuestas de justicia restaurativa a la delincuencia en su sociedad. Del mismo modo en el año 2005, la declaración del décimo primer Congreso de las Naciones Unidas instó a los Estados Miembros a reconocer la importancia de desarrollar aún más, políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que incluyan

[18] Cfr. BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa: una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense, Universidad Fidélitas, Tesis Doctoral, Costa Rica, p. 51

[19] Cfr. HOWARD ZEHR, El pequeño libro sobre justicia restaurativa, Intercourse, 2002, citado por DOMINGO DE LA FUENTE, V., Necesidades de las víctimas, 2015.

[20] Cfr. BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa, p.50; El concepto de comunidad es discutido. Algunas veces se identifica con una ubicación geográfica, - el barrio en el que la víctima o el delincuente vive-, otros entiende que el concepto no debe ser geográfico enfatizando la idea de conectividad y relaciones: comunidad de Atención. John BRAITHWITE, sugiere que el término debe ser comunidad de interés, entendiéndola como la disposición de los miembros de tomar medidas a nombre de la comunidad, que no solo adoptarán para sí, sino que van muy positivamente en detrimento de sus intereses propios. Las comunidades de interés se caracterizan por un sentir fundamental de deber, reciprocidad y pertenencia. Este interés puede estar en la víctima o el delincuente y ese interés puede estar o no motivado por la compasión, puede estar en reducir el crimen en el área donde el crimen ocurrió, y podría estar en la justicia restaurativa y como es aplicada.

[21] Declaración de Viena sobre delito y justicia: enfrentando los retos del siglo veintiuno, 10º congreso de las naciones unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento a delincuentes. Viena 10-17 de Abril de 2000, A/CONF.184/4/Rev.3, párrafo 29.

alternativas a los procesos judiciales. También la Directiva 2012/29 del parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 25 de Octubre de 2012 establece una definición de justicia restaurativa, aunque desde mi punto vista lo hace de manera insuficiente, al restringir su concepto al de cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libre para ello en los problemas resultantes de la infracción penal, con la ayuda de un tercero imparcial. Sin embargo, esta definición no puede cuanto menos ser criticada, en tanto en cuanto omite la presencia de "la comunidad" como posible afectada de manera indirecta por la comisión del Delito. Y lo mismo cabe decir con respecto aquellos conceptos que identifican la justicia restaurativa con la mera satisfacción o reparación del daño, a cargo o impuesto unilateralmente por el Estado, o lo que es lo mismo, con el logro del establecimiento de una relación tendente a dar solución al conflicto entre víctima y Estado, obviando la intervención de infractor. En este sentido, como acertádamente exponen Macold&Wachtel[22] cuando la justicia penal involucra a una sola de las partes interesadas, como en los casos en los cuales se logra una compensación financiera concedida por el Estado o una prestación de servicio comunitario impuesta al agresor, el proceso solamente produce efectos parcialmente restaurativos porque únicamente cuando las tres principales partes interesadas están involucradas estaríamos ante la presencia de una pretensión de justicia restaurativa plena, pues solucionar el conflicto también pasa por adecuar la voluntad del infractor a los valores necesarios para la convivencia pacífica de la sociedad y el primer paso es lograr su compromiso con el proceso. Por este motivo, se hace preciso promover un contacto beneficioso entre la víctima y el infractor que simbolice la búsqueda de la integración social, omitiendo exclusiones desmoralizantes, en el bien entendido que el comportamiento delictivo posee una proyección extensiva que afecta a la ley, a la víctima, a los familiares, al delincuente y a la propia comunidad. Por ello, en el desarrollo práctico de éste modelo, no puede faltar ninguno de los polos en tensión.

II. LA TERCERA VÍA O REPARACIÓN DEL DAÑO.

Por otro lado, si algo no cabe desconocer en relación con la justicia restaurativa, es que tiene salida desde el punto de vista de la dogmática-penal, a través de la teoría de

[22] Vid. MCOLD&WACHTEL (2003) citado por SCHIMTZ JEAN; Avances en América Latina y Control, en Observatorio de Justicia Internacional. 2014. Disponible en Internet: www.oijj.org/es/interviews/interview-to-jean-schimtz.

"la reparación del daño". De hecho, ROXIN[23] elabora un concepto particular acerca de la justicia restaurativa, desde una perspectiva puramente dogmática, al lado de la pena y de la medida de seguridad, como una "tercera vía", entendida como "vía reparadora". El atractivo del fomento del instituto de la reparación en el derecho penal, radica, en su efecto preventivo general en su mejor sentido. Si bien no es necesariamente la única vía, la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor[24]. Tan es así, que para ROXIN, la vía reparadora produce tanto efectos preventivos generales como efectos preventivos especiales. Así, el hecho de que el sujeto activo de un delito se haya esforzado por reconciliarse con la víctima, que haya emprendido todos los esfuerzos para la reparación del daño, que haga trabajos en interés de la generalidad o que se someta voluntariamente a una terapia social que exija una intervención muy personal, puede ser contemplado por la generalidad, en el sentido de que el infractor quiere retornar a la legalidad a través de acciones auto-responsables, algo que sirve a la paz jurídica, crea confianza y facilita la reinserción social del delincuente.[25] Del mismo modo, también es adecuada para la prevención especial, dado que el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas, y en definitiva, a desplegar una tarea resocializadora. La reparación además, evita las consecuencia desocializadoras de otras sanciones, y por ello es satisfactoria desde el punto de vista de la socialización, ante lo que se hace difícilmente sostenible la tesis de Hegel cuando criticaba la finalidad de la pena de la prevención especial, como aquella con la que se trata al ser humano como a un perro contra quien se levanta el palo[26], dado que la reparación supone que de manera auto-responsable, el sujeto trabaja para sí mismo, para dar solución al conflicto que ha

[23] Vid. ROXIN, C., Evolución de la política-criminal, el Derecho penal y el proceso penal. Edit, Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. pp. 34 y 35. ROXIN, pone de manifiesto que la única conquista político-criminal importante del derecho penal Alemán en los últimos 20 años, es la inclusión de la idea de reparación en el sistema sancionatorio. (Código penal Alemán en el parágrafo 46a, que prevé que en caso de conciliación entre el autor y la víctima o de una propuesta seria de reparación, la pena se atenué e incluso pueda prescindirse de ella si se trata de pena privativa de libertad inferior a un año.). También el mismo autor respecto a la reparación en el sistema de los fines de la pena, en Wiedergutmachung und Strafrecht, edit, Schöch 1987, p. 37, donde manifiesta expresamente "que tanto la relevancia sancionadora de la reparación y el acuerdo entre el autor y la víctima es un ejemplo modélico de la política-criminal y el motivo por el que desde hace ya quince años que me he comprometido con ella".

[24] Cfr. ROXIN, C.,ult,ob,cit,p. 35.

[25] Cfr. ROXIN, C., Teoría del Delito en la discusión actual, editorial Grijley, Lima, 2006,p. 87

[26] Vid. HEGEL, en su discusión con Feuerbach., Grundlinien der Philosophie des Reschts, 1821, citado por ROXIN, C., Teoría del Delito en la discusión actual, 2006, p. 87

generado con su actuar.[27] En consecuencia entendemos, que la reparación posee capacidad para erigirse en una alternativa a la pena[28], existiendo la posibilidad de considerar la reparación dentro de un efecto "premial" del derecho penal antes que meramente sancionador, y que desde luego, en el sistema penal de menores cumpliría una función útil como reforzamiento positivo. Esta posibilidad, también es expuesta por ROXIN, cuando afirma que si volcamos nuestra mirada hacia los nuevos métodos de sanción, tales como la compensación autor-víctima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales y también el trabajo comunitario, se observa un comportamiento activo del condenado en vez de una simple actitud de soportar las medidas coercitivas estatales.[29]

Sin embargo, tampoco cabe confundir la reparación en sentido penal con la reparación en sentido civil.[30] La reparación del daño en el ámbito penal incluye aspectos sociales relacionados con los fines de la pena, que no pueden ser cubiertos con la responsabilidad civil del daño, y van más allá de la misma. En este sentido, no es nada desdeñable configurar la reparación como una sanción en sí misma, pues trata de valorar positivamente el comportamiento posterior del delincuente, que no tiene por qué reducirse exclusivamente al aspecto material, sino que también puede extenderse hacia la reparación simbólica. El fundamento de admitir la reparación como una opción punitiva, puede encontrarse en la "no necesidad de pena" o en la " no necesidad de medida de seguridad"[31] sin que falten autores que pretendan verlo desde la óptica de las

---

27 Cfr. ROXIN, C., Teoría del Delito, 2006, p. 87

28 Para LARRAURI, E., La reparación, en penas alternativas a la prisión. Edit. Bosch. Barcelona, p. 175, la consideración de la reparación dentro de los fines de la pena podría entenderse legitimada desde y a partir del principio de subsidiariedad de la pena de prisión, la reorientación hacia la víctima y la no desocialización del delincuente.

29 Cfr. ROXIN, C., ult,ob,cit,p. 86

30 Existen autores como Albin ESER que defienden que cuando se realizan actos de reparación del daño, la consecuencia jurídica penal prevista en la mayoría de las legislaciones es la atenuación de pena. La satisfacción total del daño material se deja en manos de la víctima y del derecho civil, al ser considerada como una consecuencia que se deriva del delito de naturaleza exclusivamente civil. Como si se tratara de una cuestión que depende de la esfera privada del ofendido en la que el derecho público nada tiene que hacer, o de la que no corresponde que se ocupe. Para una corriente doctrinal penal, se debe poner fin a la evolución por separado del proceso civil orientado a la reparación de la víctima y el proceso penal orientado a la penalización del autor. También Vid. GIMÉNEZ-SALINAS; La mediación y la reparación, Aproximación a un modelo en la mediación penal, Colección Justicia I Societat, Barcerlona, 1999, p. 201, para quien la reparación penal no se puede confundir con la indemnización de civil a las víctimas porque ambas, no siempre coinciden, ni siquiera en los criterios que rigen su ponderación son iguales.

31 Vid. H. OTTO., Strafwürdigkeit und strafbedürftigkeit als eigenständige delikkategorien, en Gedächtnisschrift für Schröder, München, 1978,p. 53, para quien al momento de valorar un comportamiento como perjudicial se recurre al " merecimiento de pena" que corresponde a la dañosidad social; mientras que la necesariedad de pena es la respuesta a la finalidad de la pena y se deduce del

condiciones objetivas de punibilidad como " elementos adicionales del delito" que deben añadirse al injusto y a la culpabilidad, cuando desde la óptica de la necesidad de pena configuren determinados tipos penales.[32]

III. SUPUESTOS CONCRETOS DE APLICACIÓN

Ahora bien, llevar a un término práctico el ideal de una justicia reparadora no es tarea fácil. Baste decir, que los éxitos detectados han estado relacionados con la justicia juvenil, y muy lejos de nuestras fronteras, utilizando técnicas que no caen en el tópico "de la mediación" y que se han venido utilizando durante años. En este sentido, también compartimos opinión con Giménez-Salinas, para quien la finalidad reparadora es ideal para la justicia de menores, por su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico, su concepción de medida educativa y su carácter de menor represión.[33] Pues bien, de manera natural, se ha ido gestando un movimiento restaurativo internacional y hoy la lista de países con sistemas de este tipo incluye a: Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Irlanda, Eslovenia, Italia, Alemania, Gran Bretaña, Holanda, Japón, Chile, Argentina y Colombia.[34] En concreto, el sistema de justicia juvenil de Porto Alegre, en su *acta de niño y adolescente de 1990* ya permitía que el Juez que presidía la corte juvenil pudiera suspender los procedimientos legales para jóvenes implicados por primera vez en delitos no muy serios para utilizar sanciones como el servicio comunitario y la reparación. En Inglaterra y Gales, un método ampliamente usado con características restaurativas, es el uso de los llamados "paneles restaurativos" a los que son remitidos los delincuentes jóvenes primarios de edades comprendidas entre los 10 y los 17 años. El panel establece un plan de acción a través del cual el joven pueda reparar o solucionar sus problemas. Los jóvenes que reinciden pueden obtener una orden reparadora. También se utilizan los llamados YOT de Oxfordshire, (Equipo de delincuentes Juveniles) que tiene como meta consultar a cada una de las víctimas de cada caso, ofreciendo una oportunidad de contacto con el delincuente joven o la oportunidad de decidir el enfoque de su reparación. Las víctimas que no quieren reunirse con el delincuente o recibir reparación, pueden elegir las posibilidades

principio de subsidiaridad. Entonces la pena no será necesaria cuando no ofrezca una posibilidad cierta de prevenir o corregir la dañosidad social.

[32] Vid. GALAIN PALERMO, P., ¿La reparación del daño como tercera vía punitiva?, especial consideración a la posición de Claus ROXIN, Redur 3, 2005,p. 200

[33] Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS., La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado, en Eguzkilore, Cuaderno del instituto Vasco de Criminología, nº10, San Sebastián, 1996,p. 207

[34] Cfr. BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa, p.138.

establecidas por un manual, en qué proyecto reparador local quieren que el delincuente participe. En Canadá,[35]la llamada *acta de justicia penal juvenil* ha incrementado específicamente la participación de la policía como agentes de remisión frontal a programas restaurativos y a las prácticas restaurativas patrocinadas por ella misma, marcando un regreso a su papel de guardiana de la paz.[36] Esta función encomendada a la policía viene a constituir un primer nivel restaurativo que fomenta la unión de lazos entre las fuerzas del orden y la comunidad. Fue en este país, en Ontario, donde tuvo lugar el experimento "Kitchener" en el año 1974, llevado a cabo por una comunidad Menonita, bajo la vigilancia de jueces, donde se logró que dos jóvenes que realizaron actos de vandalismo, repararan los daños ocasionados mediante fórmulas individualizadas acordadas con cada uno de los 24 afectados. Tras el éxito del experimento, Canadá ha realizado múltiples programas con altos niveles de satisfacción.[37] El primer programa que utilizó, fue el conocido como Programa de reconciliación entre víctima y delincuente. En Rehartar (Indiana) este programa de reconciliación fue iniciado en pequeña escala por Agentes de la Libertad Condicional que habrían aprendido del modelo de Ontario. De hecho, en 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada "El centro para justicia Comunitaria".[38] Por su parte, en Nueva Zelanda[39] en el año 1989 se creó lo que

---

[35] Vid. ÁLVAREZ RAMOS, F., Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales, en International e-journal of criminal Science, artículo 3, nº3, 2008. Disponible en Dialnet, p. 4. Este autor refiere que un recurso muy utilizado en Canadá en relación con delitos de naturaleza sexual es el llamado *"círculo de apoyo"* que se aplica a los agresores sexuales adultos. Los integrantes de las comunidades religiosas pactan un convenio o acuerdo de responsabilidad y de apoyo a los ex-reclusos. Esta práctica trata de elevar la seguridad jurídica puesto que compromete al agresor a seguir un plan de reintegración tras el cumplimiento de la pena principal. También en Canadá se utilizan los llamados *"círculos de paz"* recurso consistente en una especie de mediación, muy extendido entre los aborígenes y que toma éste nombre por tomar asiento en círculo durante el encuentro.

[36] Vid. UNITED NATIONS, Manual de Justicia restaurativa, New York, 2006,p. 62. Disponible en Internet: www.unodoc.org>crimeprevention.

[37] Cfr. WRIGHT MARTÍN., Mediación y Justicia Restaurativa, en biblioteca virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, disponible en www.juridicas.unam.mx,p. 32

[38] Cfr. BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa, pp. 37-38

[39] Nueva Zelanda en 1985 aprobó la New Zealand Criminal Justice Act, que estableció la reparación como posible contenido de la Sentencia complementando otras posibles condenas. En su origen esta ley contemplaba dicha posibilidad sólo para delitos contra la propiedad o posibles perjuicios que se hubieren podido ocasionar a la víctima. En 1987 se modifica este ordenamiento adicionando el elemento a valorar del daño emocional causado a la víctima como elemento a ponderar para la determinación de la reparación, lamentablemente esto era determinado por el tribunal sin considerar al fiscal ni al delincuente, en su lugar se solicitaba un informe a la policía o a cualquier persona que pudiera auxiliar en la determinación. En la actualidad este informe garantiza un equilibrio porque evita presiones o ejercicio de poder de una parte sobre otra, y elementos de valoración judicial. Vid, GALAWEY, B., The Zealand Experiencie Implementing the Reparation Sentence, en Messmer/Otto (Edit), Restaurative Justice Research Perspective, Dordrecht-Boston- London, Kluver, 1996,p. 6. En vista del resultado obtenido, se extendió su aplicación al sistema de justicia penal con adultos jóvenes (17 y 20 años) a través de la "Conferencia del Grupo Familiar". Hoy en día es aplicable a la justicia de adultos.

se conoce como "conferencia de grupos familiares" en la comunidad indígena Maori que finalmente lo introdujo en su sistema juvenil. También Australia recoge estas "conferencias de grupos familiares" aunque centrándolas en el ámbito municipal. Uno de los proyectos más interesantes fue el desarrollado por el departamento de policía de Wagga Wagga y que ha poseído una gran difusión internacional. En este sistema, las conferencias[40] son coordinadas por oficiales de policía uniformados o por personal escolar, considerándose adecuada a la policía para derivar casos, así como para hacer advertencias formales por hechos de Bagatela. Normalmente, se eligen para esta labor sargentos de policía con experiencia y formación especializada en coordinación de grupos y resolución de conflictos.[41] Estos modelos se basan en la teoría de BRAITHWAITE, sobre "la vergüenza reintegradora" que enfatiza en la posibilidad de cambio de comportamiento del joven agresor. Se considera que la justicia juvenil no representa sólo una incapacidad de autocontrol por parte del joven, sino que también es un síntoma de que el sistema familiar y el control comunitario están fallando. Las Conferencias facilitan la posibilidad de que sea la vergüenza un elemento necesario para restablecer el daño hecho y evitar que se vuelva a repetir, y terminan con una ceremonia de perdón y de reintegración en la comunidad. Desde mi punto de vista, lo interesante de esta forma de solucionar los conflictos, es que el joven concibe la amenaza de perder el estatus relacional, como una amenaza real, sin que ésta pueda ser hecha por el Estado, pues únicamente puede venir de aquellos que tiene una relación directa con la persona a la que se le está cuestionando el comportamiento.[42] Dentro del modelo restaurativo destaca como complemento fundamental para la consecución de estos programas el denominado "compromiso de no reincidir" que en alguno ocasión se ha valorado por sí sola, de manera determinante. Uno de los ejemplos más claro acerca de la importancia de tal compromiso, tuvo lugar en Mozambique, en el año 1982, cuando su presidente Samora Machel reunió en un aula a los presos y mercenarios de Sudáfrica, y les pidió

[40] Cfr. ROMERA ANTÓN, C., Conferencias comunitarias y justicia restaurativa, en la mediación civil y penal, un año de experiencia. Estudios de derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2007, p.198. Este autor explica cómo se llevan a cabo las conferencias. En primer lugar, es requisito imprescindible que el joven que haya infringido la ley, reconozca voluntariamente los hechos, siempre en presencia de sus padres o de sus representantes legales, por escrito o mediante grabación. Todo éste trámite se lleva a cabo en la comisaría de policía. Una vez cumplimentado éste requisito, deberá pasar por un panel de policías que decidirán la conveniencia o no de la conferencia. El espacio físico donde se realizan las conferencias es la comisaria, cuestión problemática, y que ha sido objeto de críticas, al considerar que tal espacio nunca es neutral. Posteriormente la conferencia termina con una ceremonia de perdón y arrepentimiento, que significa la aceptación simbólica y la reintegración de la persona en su comunidad.

[41] Cfr. ROMERA ANTÓN, C., ob,cit, p.196.

[42] Cfr. ROMERA ANTÓN, C., ob.cit,p. 199.

que se arrepintieran de lo que habían hecho en ese territorio y acto seguido, ante su declaración de arrepentimiento, todos fueron dejados en libertad.[43] En EEUU, destaca la conciliación post-delictual y consiste en que la víctima y el agresor se reúnan tras sentencia judicial y durante el cumplimiento de la misma. Se aplica para determinados delitos graves, como intento de homicidio, violación, etc., con el objeto de aportar a la víctima una satisfacción moral y promover el arrepentimiento del condenado.[44] Como hemos referido en el apartado correspondiente, esta posibilidad conciliadora existe en nuestro sistema de justicia juvenil permitiendo modificar la medida impuesta al afectado por la misma. Un elemento común en los países de Europa de Este y Oeste es la aplicación de elementos de justicia restaurativa para los jóvenes infractores. Normalmente se utilizan las prácticas más comunes como la reconciliación, reparación[45], la mediación o las disculpas para la víctima, que llevan utilizándose unos 15 años. Los primeros proyectos pilotos de mediación fueron introducidos en 1990 en países como Eslovenia y en República Checa, que fueron incorporados como salidas informales del proceso, conocidos como técnicas de diversión.[46]

IV. CONCLUSIÓN Y TOMA DE POSTURA

En síntesis, a modo de conclusión y de toma de postura, la pretensión de este modelo de justicia de hacer retornar al momento anterior a la comisión del injusto, permite disponer del vigor normativo por la partes afectadas en el conflicto, confirmado no la abstracción normativista, sino el reconocimiento de la víctima y del infractor de la capacidad de neutralizar o restaurar su propio conflicto,[47] siempre interviniendo la

---

[43] Cfr. FRIEDMAN VOLOSKY, Lorely., justicia restaurativa, nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles, publicaciones de derecho penal europeo e internacional. Disponible en www. Cienciaspenales.net, p 5.

[44] Cfr. ÁLVAREZ RAMOS, F., Mediación Penal Juvenil y otras soluciones extrajudiciales, en internacional e-journal of Criminal Sciencie, artículo 3, nº3, 2008, Dialnet, p. 4

[45] Vid. DÜNKEL F/CASTRO MORALES; Sistemas de justicia juvenil y política criminal en Europa, Universidad de Greifwald, p.7; ponen de manifiesto que la reparación víctima-ofensor ha tenido una significancia cuantitativa en la praxis de las cortes juveniles de Alemania y Austria.(8 % de todas las sanciones juveniles impuestas) y si consideramos al trabajo o servicio comunitario como un sanción restaurativa, el número de jóvenes y jóvenes adultos aumentaría en un tercio.

[46] Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES., ob.cit,p. 7.

[47] Para ROXIN, C., ult.ob.cit, p. 339, si estas suposiciones son realistas, el futuro del Derecho penal debería encontrarse de hecho sólo en su supresión. Continúa diciendo, que desgraciadamente las consecuencias sociales y románticas que podrían extraer de esta concepción son demasiado fuertes. Una sociedad sin derecho penal presupondría ante todo que a través del control de natalidad, de mercados comunes, y a través del tratamiento razonable de los recursos de nuestro mundo se podría crear una sociedad que eliminaría progresivamente las causas de la criminalidad y de esta forma se reduciría drásticamente la delincuencia en el sentido actual. Pero este presupuesto se basa en concepciones erróneas. Una de ellas, es que las condiciones sociales determinan más el como que el sí de la criminalidad: si capas enteras de la población pasan hambre, se origina una gran criminalidad de la

comunidad en representación de la norma infringida. Y es en este aspecto donde incido en mi posición, considerando que el modelo restaurativo tiene su foco en el conflicto y no en el delincuente, como aspecto central de la justicia tradicional; en tal sentido, las partes implicadas deben ostentar una absoluta libertad en el manejo de la tensión ocasionada por el delito, si cotas ni vetos, pues nadie mejor para dar una respuesta o solución al daño ocasionado por el delito, que las propias partes implicadas. Es cierto, que aquellas posiciones sistémicas que identifican el delito con el quebranto de la norma jurídica difícilmente pueden mantener una postura a favor de la disponibilidad del conflicto, pero si observamos el derecho penal en su vertiente de protección de bienes jurídicos, es perfectamente asumible admitir el derecho a la desposesión de dicha protección por los implicados o incluso a permitir una negociación dialogada sobre la misma. En este aspecto, no podemos negar el avance que ha supuesto la publicación del Estatuto de la Víctima de LO 4/2015, y su Reglamento 1109/2015 de 27 de Abril, en donde se hace referencia expresa a la posibilidad del uso de medidas restaurativas para la víctima, aunque de todo punto insuficiente desde nuestro punto de vista. Sobre todo, porque el Reglamento mencionado concede a los servicios de asistencia a la víctima, la facultad de proponer al órgano judicial la mediación penal, cuando sea beneficioso para aquella, es decir, se hace depender el uso de ésta, de la previa valoración positiva de tales instrumentos restaurativos por tales servicios, constituyendo tal facultad, una separación entre la víctima y el conflicto; circunstancia ésta, que supone una muestra más del importante camino que queda por recorrer en esta materia donde el arraigo cultural de un derecho penal tradicional está íntimamente interiorizado en nuestra sociedad y en la conciencia del legislador, que sin capacidad innovadora e imaginativa, nos arrastra a una concepción político-criminal anclada en el "populismo punitivo" y en la necesidad de dar satisfacción a ciertas convenciones sociales, que conciben los medios de comunicación como el mejor referente sobre el funcionamiento de la justicia.

* * * * * *

pobreza: si la mayoría vive en buenas relaciones económicas, se desarrolla una criminalidad del bienestar que de debe al afán de poseer cada vez más y así adquirir prestigio social.

Rocío Gutiérrez Gallardo

Abogada del Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Máster en Derecho Penal (ICAB). Socia FICP.

~El delito de *stalking* del artículo 172 ter del CP. Referencias a la reciente STS 324/2017, de 8 de mayo de 2017~

Resumen.- Con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 se introduce expresamente en nuestro ordenamiento el delito de "stalking" en su artículo 172 ter CP con el objetivo de dar respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podrían ser calificadas como coacciones o amenazas, de conformidad con la legislación vigente hasta entonces y que, por lo tanto, quedaban sin la debida respuesta penal. La denominación "stalking" proviene del inglés (to stalk), cuya traducción al español es el acto de seguir, acechar o perseguir a alguien.

En la presente comunicación analizaremos este delito, cuáles son sus orígenes históricos, los elementos del tipo que lo caracterizan y los criterios establecidos por la Sala II del Tribunal Supremo en su reciente sentencia 324/2017 de fecha 8 de mayo de 2017, para entender cometida la conducta típica pues, como veremos, no todo hostigamiento será suficiente para poder dictar sentencia condenatoria como responsable penal de un delito de stalking.

Palabras Claves.- Acoso, hostigamiento, insistencia, reiteración, alteración vida cotidiana.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LA NECESIDAD DE SU EXPRESA REGULACIÓN

En fecha 11 de mayo de 2011, España ratifica en Estambul el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, cuyo artículo 34 obliga a todos los estados firmantes, a realizar las modificaciones legislativas necesarias en sus respectivos ordenamientos jurídicos, para tipificar como delito el adoptar un comportamiento acosador y amenazador, de forma reiterada, contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad[1]. De esta forma, España redacta en el año 2012 un primer anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995 de 24 de noviembre[2] y tan solo un año después, otro nuevo

[1] Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Boletín Oficial del Estado, 6 de junio de 2014, núm. 137, pp. 42946-42976

[2] 1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que, sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1º La aceche o busque su cercanía física. 2º Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3º Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4º Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. 5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena se impondrá en su mitad superior. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos

anteproyecto. Ambos anteproyectos contemplan ya el delito de stalking, pero con diferencias con la definitiva redacción.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, se introduce un nuevo delito contra la libertad, es el denominado delito de acoso**,** también conocido como stalking[3], conducta que no tenía un reproche penal en España con anterioridad y de conformidad con su Exposición de Motivos, se introduce para ofrecer respuesta a conductas reiteradas consideradas graves que no tenían un claro encaje en otras figuras criminales y que menoscaban gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, sometida a persecuciones, vigilancias, llamadas u otros actos continuos de hostigamiento.

La primera ley anti-stalking se aprobó en Estados Unidos a raíz del asesinato de la actriz Rebecca Schaeffer el 18 de julio de 1989 por un admirador, y así fue el estado de California el primero en incluir en su legislación el delito de Stalking en el año 1990, lo que sirvió de modelo para el resto de Estados. Posteriormente, le siguieron otros países como Australia y Canadá.

En Europa, el concepto "stalking" se introduce por primera vez en Gran Bretaña en el año 1997 con la aprobación de la denominada Protection from Harassment y posteriormente se trasladaría a países como Dinamarca, Bélgica, Holanda, Malta, Austria, Italia y Alemania.

II. ELEMENTOS DEL TIPO

El artículo 172 ter. del Código Penal[4] castiga con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, aumentando la pena si la víctima es

descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

[3] https://www.seguridadpublica.es/2015/08/el-nuevo-delito-de-acoso-o-stalking/

[4] Artículo 172 ter

1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

-1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

-2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

-3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

-4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

especialmente vulnerable por su edad, enfermedad o situación, el delito de acoso o acecho obsesivo, insistente, reiterado y no consentido a otra persona que perturbe gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. Nos hallamos por tanto ante un delito común que puede ser cometido por cualquier persona y frente a cualquier víctima, preveyéndose dos subtipos agravados, como se verá, para el caso de que el ofendido sea persona especialmente vulnerable o persona de las previstas en el art. 173.2 del Código Penal.

1. La conducta típica

La mayoría de las acciones que conforman el "stalking" no suponen "per se" e individualmente conducta típica alguna (envío de whatsapp, sms, mails, flores o regalos…), pero todas unidas y, sobre todo, realizadas de forma reiterada e insistente, pueden conformar un patrón de conducta ilegal.

El precepto utiliza el término "acosar" en la propia definición del delito y a continuación se refiere a cómo debe realizarse dicho acoso: "llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes". Evita, por tanto, referirse a cuántas veces debe llevarse a cabo la conducta para que ésta sea penalmente relevante y utiliza la expresión inconcreta de "forma insistente y reiterada".[5]

VILLACAMA ESTIARTE[6] defiende la sustitución del término "acosar" por "perseguir en contra de su voluntad" para evitar el empleo en la definición del término que se pretende definir. Del mismo modo, defiende la sustitución de los adjetivos "insistente y reiterada" por el adjetivo "persistente" puesto que los primeros resultan tautológicos, queriendo mostrar ambos que nos hallamos ante un patrón de conducta. Además, propone que dicho adjetivo se predique respecto la conducta de persecución, no de cada uno de los actos en que se concrete la conducta, como sugiere la actual redacción ya que

---

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

[5] http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/44681/6/slorenzobaTFM0615memoria.pdf

[6] VILLACAMPA ESTIARTE, C., El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en el derecho penal español, cuadernos de política criminal, nº.109, época II, mayo 2013, pág.26.

de esta forma se asegura que se castiguen conductas persecutorias pese a que no se repitan los concretos actos de acoso.

Por su parte, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA[7] entiende que no es suficiente que el precepto indique que la conducta de hostigamiento ha de ser "insistente y reiterada" sino que se debe exigir la existencia de una estrategia sistemática de persecución, integrada por diferentes acciones dirigidas al logro de una determinada finalidad que las vincule entre ellas. Lo esencial en el stalking sería para la autora la estrategia sistemática de persecución, no las características de las acciones en que ésta se concreta.

2. El bien jurídico protegido:

Las conductas de stalking afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima puesto que el temor e intranquilidad constante que el hostigamiento reiterado del "stalker" provoca en la víctima obliga a ésta a alterar su vida cotidiana (cambio de números de teléfono, domicilio, recorridos diarios, etc...), por tanto, el bien jurídico protegido es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente.

De acuerdo con la Exposición de Motivos, se protege asimismo el bien jurídico de la seguridad. Esto es, el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal. No obstante, como veremos, sólo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que el mero sentimiento de temor o molestia sea punible[8].

GÓMEZ RIVERO[9] se plantea el conflicto de este tipo penal con la libertad del sujeto activo. Es decir, si el derecho a la libertad del sujeto activo hace decaer el desvalor de su conducta. Esto se debe a que los actos que componen la conducta de stalking no tienen porqué ser ilegales o dañosos en sí mismos. Es el caso de quien se limita a seguir y observar a la víctima en espacios públicos. Se trata de acuerdo con este autor, de determinar los límites de tolerancia social de los actos persecutorios, de forma que aquellos que causen molestia o inquietud a la persona que lo sufre pero que no tengan la intensidad suficiente como para justificar una respuesta penal, deben quedar fuera del ámbito del Derecho Penal conforme al principio de intervención mínima.

3. Subtipos agravados

[7] GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A.: en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ.[et al]: Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012., pág.586.

[8] http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/44681/6/slorenzobaTFM0615memoria.pdf

[9] GÓMEZ RIVERO, MC.: El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio., pág.33.

El art. 172 ter del Código Penal contempla un tipo básico de stalking y dos subtipos agravados. El primer subtipo, regulado en el apartado 1 del art. 172 ter CP, se refiere al caso de que el ofendido sea persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación, supuesto para el que se prevén penas de prisión de 6 meses a 2 años.

El segundo tipo agravado se encuentra contemplado en el apartado 2º del precepto y se refiere al caso de que la víctima de stalking sea una de las personas del art. 173.2 del Código Penal, en cuyo caso, las pena previstas serán prisión de 1 a 2 años o pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días.

Podemos observar un problema y este es que las personas especialmente vulnerables se encuentran contempladas dentro de los dos tipos agravados, por consiguiente, cabe preguntarse qué tipo procederá aplicar en los supuestos de víctimas especialmente vulnerables que, a la vez, sean sujetos pasivos contemplados en el artículo 173.2 CP. Este problema no se daba con el anteproyecto de 2012, en el que se preveía un solo nivel de agravación donde quedaban integrados ambos supuestos, pero en el anteproyecto de 2013 ya se estratificó el régimen de agravaciones en los supuestos de stalking, redacción que se plasmó de forma idéntica en la reforma de 2015. [10]Dicho problema se deberá dejar en manos de la jurisprudencia.

Para examinar las penas establecidas para el delito de stalking a continuación haré una pequeña comparación con las penas establecidas para el delito de coacciones, delito en el que la jurisprudencia solía subsumir los delitos de acoso con más frecuencia. En primer lugar, para el tipo básico del delito de coacciones se establece una pena de prisión de 6 meses a 3 años o una pena de multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Por otro lado, como ya he mencionado, para el delito de acoso se prevé una pena de prisión de 3 meses a 2 años o una pena de multa de 6 a 24 meses. Por tanto, para el delito de stalking se está previendo una pena inferior, privilegiando al stalker en relación con la condena que le correspondería a esta conducta de ser penada conforme a los tipos en los que hasta ahora se habían venido subsumiendo, como el de coacciones, con el que se está comparando.[11]

4. Concursos

[10] VILLACAMPA ESTIARTE, C. El delito de stalking, pp. 392 y 393.

[11] VILLACAMPA ESTIARTE, C. en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Estudio crítico sobre el anteproyecto de…, 2013, pp. 609-611.

De conformidad al apartado tercero del artículo 172 ter CP, las penas previstas para el delito de stalking se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso, resolviendo expresamente la cuestión en caso de posible concurso de delitos. Para VILLACAMAP ESTIARTE[12], esto quiere decir que, si los hechos constitutivos de la conducta de stalking pueden ser constitutivos también de otros delitos (por ejemplo, delito de coacciones, amenazas, agresión sexual, lesiones u homicidio), estos también serán penados en concurso.[13]Encuentro correcta tal cláusula siempre que el delito de stalking no entre en concurso con los delitos de amenazas y coacciones. La justificación está en que, si el delito de stalking entrara en concurso con alguno de estos otros delitos mencionados, se estaría violando el principio non bis in ídem ya que todos éstos protegen el mismo bien jurídico, la libertad de obrar.[14]

III. REFERENCIA A LA RECIENTE STS 324/2017 DE 8 DE MAYO DE 2017. "HOSTIGAMIENTO INSISTENTE Y REITERRADO"

El Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo STS 324/2017,[15] de 8 de mayo, Rec. 1775/2016, se pronunció por primera vez sobre el nuevo delito de 'stalking' estableciendo que para entender la conducta como delictiva debe tener vocación de prolongarse el tiempo suficiente para provocar la alteración de la vida cotidiana de la víctima, no bastando por ello unos episodios, más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no comporten repercusiones en los hábitos de la víctima.

La Sala Segunda del Alto Tribunal desestima así el recurso de una mujer que pretendía la condena a su expareja sentimental por un delito del artículo 172.ter.2 CP, que castiga el nuevo delito de hostigamiento en su modalidad agravada. La sentencia de la Audiencia de Madrid recurrida condenó al acusado por un delito de coacciones en el ámbito familiar y no por un delito de stalking. El Supremo, tras admitir a trámite el recién estrenado recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1º LECrim,

[12]VILLACAMPA ESTIARTE, C. en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ´/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Estudio crítico sobre el anteproyecto de…, 2013, pp. 609-611.

[13]Abogadoescribanogares.com, 2015, consultado el 28/04//2015 recuperado desde http://www.abogadoescribanogares.com/delito-de-acoso-tras-la-reforma-del-codigo-penal/

[14] ANA GALDEANO SANTAMARÍA, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Estudio crítico sobre el anteproyecto de.., 2013, p. 574; VILLACAMPA ESTIARTE, C. en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ/ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Estudio crítico sobre el anteproyecto de…, 2013, pp. 609 s.

[15] http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/11918-primera-sentencia-del-ts-sobre-el-stalking:-exige-continuidad-en-el-tiempo-que-obligue-a-la-victima-a-modificar-su-forma-de-vida/

rechaza la pretensión de la recurrente por entender que de los hechos probados no se infiere la continuidad, insistencia y reiteración del hostigamiento de la víctima que el tipo exige, dado que únicamente se producen cuatro actos de hostigamiento en una semana, el primero, en la tarde del 22 de mayo de 2016, consistente en llamadas telefónicas no contestadas que se suceden hasta la 1.30 de la madrugada, con envío de mensajes de voz y fotos del antebrazo del acusado sangrando con advertencia de su propósito de suicidarse si no era atendido, en actitud inequívocamente acosadora y de agobiante presión. Un segundo, un intento de entrar en el domicilio de la víctima también de forma intimidatoria y llamando insistentemente a los distintos telefonillos de la finca en las horas inmediatamente siguientes (23 de mayo). Es otro acto de acoso, que solo cesó cuando apareció la policía.

En tercer lugar, una semana más tarde el acusado volvió al domicilio de la recurrente profiriendo gritos, reclamando la devolución de objetos de su propiedad (30 de mayo). Y por fin, al día siguiente -31 de mayo- se acercó a la mujer en el centro de educación al que ambos acudían y donde coincidían, exigiéndole la devolución de una pulsera.

El TS rechaza la aplicación del delito de stalking porque entiende que se trató de algo episódico por lo que rechaza que los hechos encajen en el delito de 'stalking', y dictamina

«Hemos de convalidar la interpretación del art. 172 ter 2 CP que anima la decisión adoptada por el Jugado de lo Penal refrendada por la Audiencia. Los términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana.»

En la secuencia de conductas del caso examinado no se aprecia la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal se agota en la aplicación del tipo de coacciones: la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios; la calma durante el periodo

intermedio; así como la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado que reclama el tipo penal: alteración grave de la vida cotidiana (que podría cristalizar, por ejemplo, en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio...).

"No hay datos en el supuesto presente para entender presente la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal. El tipo no exige planificación, pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar, sus hábitos cotidianos", agrega.

Para el Supremo, esos acercamientos metajurídicos a la cuestión "no condicionan la interpretación de la concreta formulación típica que elija el legislador. Se trata de estudios desarrollados en otros ámbitos de conocimiento dirigidos a favorecer el análisis científico y sociológico del fenómeno y su comprensión clínica. Pero tampoco son orientaciones totalmente descartables: ayudan en la tarea de esclarecer la conducta que el legislador quiere reprimir penalmente y desentrañar lo que exige el tipo penal, de forma explícita o implícita".

En ese sentido, reitera que "no es sensato ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana. No se aprecia en el supuesto analizado esa relevancia temporal -no hay visos nítidos de continuidad-, ni se describe en el hecho probado una concreta repercusión en los hábitos de vida de la recurrente como exige el tipo penal". «No estamos en condiciones –ni se nos pide- de especificar hasta el detalle cuándo se cubren las exigencias con que el legislador nacional ha querido definir la conducta punible (cuándo hay insistencia o reiteración o cuándo adquiere el estatuto de grave la necesidad de modificar rutinas o hábitos), pero sí de decir cuándo no se cubren esas exigencias.»

IV. CONCLUSIONES

Con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 se introduce expresamente en nuestro ordenamiento el delito de "stalking" en su artículo 172 ter CP con el objetivo de dar respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas

ocasiones, no podrían ser calificadas como coacciones o amenazas, de conformidad con la legislación vigente hasta entonces y que, por lo tanto, quedaban sin la debida respuesta penal. Una vez más, el legislador ha dado un paso para adecuar nuestro ordenamiento a la realidad social actual y ello es plausible, si bien es cierto que otra vez más, se ha pecado de imprecisión y se dejan sin concretar elementos esenciales del tipo que deberán ser concretados y matizados por los Tribunales. Así, la sentencia 324/2017 de 8 de mayo de 2017 de la Sala II del Tribunal Supremo, ha dado un gran paso concretando qué tipo de hostigamiento debe producirse para entender la conducta delictiva (insistente y reiterativo), si bien discrepo con la sentencia respecto a no entender que el Alto Tribunal debería haberse pronunciado también en cuanto a qué duración debe tener el hostigamiento, pues de esta forma, por un lado, continuará la disparidad de sentencias en función del Tribunal que deba fallar y, por otro lado, se crea inseguridad jurídica ante los ofendidos que deberán soportar el hostigamiento por un tiempo, más o menos prolongado para poder tener expectativas de obtener una sentencia condenatoria para su stalker, lo que supone no dar una respuesta penal ágil para las víctimas de estos delitos. Por tanto, si bien se ha dado un primer paso importante, queda mucho por resolver y concretar legislativamente hablando.

*** * * * * ***

María José Hernández García

Abogada, Santa Cruz de Tenerife (España). Socia FICP.

~El *bullying* o acoso escolar en la Ley del Menor. ¿Necesidad de endurecimiento de la pena?~

I. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE ACOSO ESCOLAR O "BULLYING"

El acoso escolar[1], o "bullying", se define como una forma de maltrato físico, verbal o psicológico que se produce entre escolares, de forma reiterada y a lo largo del tiempo; pero debe deslindarse el acoso escolar de los incidentes violentos, aislados u ocasionales entre alumnos o estudiantes. El acoso se caracteriza, como regla general, por una continuidad en el tiempo, pudiendo consistir los actos concretos que lo integran en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos, aislamiento deliberado… en definitiva, en una serie de conductas de hostigamiento, que persiguen amedrantar, intimidar o atemorizar a la víctima.

II. ELEMENTOS Y FORMAS

1. Elementos[2]

Para que se pueda apreciar esta situación se requiere:

- **Desequilibrio** de poder: ejercicio de la fuerza verbal, física o psicológica del acosador respecto del acosado.
- **Intencionalidad:** Un deseo consciente de herir, amenazar o asustar por parte de un alumno frente a otro. Lo podemos considerar como un elemento subjetivo de lo injusto.
- **Reiteración:** la acción agresiva se repite. Ello genera en la víctima una ansiedad extra, la de esperar, a "ciencia cierta" que va a ser agredida en un futuro. Psicológicamente, el desgaste es brutal. Por otra parte, éste es elemento diferencial de este tipo delictivo de cualquier otra clase de violencia que sea puntual.

[1] https://es.wikipedia.org/wiki/Acoso_escolar. Consultado el 15 de julio de 2017.

[2] PARÉS SOLIVA, Marina. Factores del acoso escolar (2007). Servicio Europeo de Información sobre el Mobbing – SEDISEM. Disponible en: http://www.educaweb.com/noticia/2007/12/17/factores-acoso-escolar-2679/. Consultado el 15 de julio de 2017.

2. Formas

El acoso escolar supone, en el fondo, una modalidad de violencia. Por tanto, como toda conducta agresiva, esta puede ser física o psicológica; y recordamos que una agresión emocional puede ser más dolorosa que la física. El acoso, en su modalidad de exclusión social, puede ser activo (como por ejemplo, impedir mediante una acción) como pasivo, consistente en un "no hacer" cuando lo normal o esperado es proceder a actuar (por ejemplo, no escuchar). Evidentemente, caben también combinaciones de ambas posibilidades. El acoso escolar puede practicarse individualmente o, como en el caso presentado en la introducción, en grupo.

El acoso también puede realizarse a través de medios de comunicación digitales o redes sociales: son los llamados Ciberbullyng o ciberacoso, como el "*sexting*[3]", "*stalking*[4]" o "*sextorsión*". Este tipo de acoso está en ascenso: las nuevas redes sociales también son nuevos medios a través de los que cometer el ilícito.

a) Atención especial a las Ciberformas

Sexting: anglicismo resultado de la contracción de sex + testing. Está referido al envío de mensajes sexuales (eróticos o pornográficos) por medio de teléfonos móviles.

Stalking: Es conocido en psicología como síndrome del acoso apremiante, se refiere al conjunto de conductas que realiza una persona (que se llama "*Stalker*") que persigue, acecha y acosa compulsivamente a la víctima. No importa que ésta le diga que no, o que la deja tranquila. La obsesión del victimario no va a ceder por las negativas de la víctima.

Sextorsión[5]: Se denomina así a la acción en la que generalmente, una mujer (normalmente atractiva y guapa según los cánones de belleza al uso) contacta con la víctima. Tras ganarse su confianza, eventualmente le ofrece tener un encuentro de naturaleza sexual por la webcam a través de Skype. Una vez que el varón ha accedido y los delincuentes han grabado las imágenes, amenazan a la víctima con subir las mismas a Youtube o las propias redes sociales de la víctima en el caso de que no les entregue determinadas cantidades de dinero.

[3] http://conceptodefinicion.de/sexting/. Consultado el 17 de julio de 2017.
[4] https://www.muyinteresante.es/curiosidades/preguntas-respuestas/ique-es-el-stalking. Consultado el 17 de julio de 2017.
[5] https://es.wikipedia.org/wiki/Sextorsi%C3%B3n. Consultado el 17 de julio de 2017.

III. REGULACIÓN PENAL

1. En el Código Penal

Si los agresores hubieran sido mayores de edad, podríamos observar que han perpetrado los delitos de lesiones. Nos podemos plantear el concurso real con el delito de "trato degradante", pues con los golpes, patadas a los muslos, cercanías de sus partes corporales más sensibles y estómago, se acompañan con insultos claramente con intenciones de perjudicar la autoestima; y un menoscabo evidente de la integridad moral de la víctima. Estas acciones, sabemos que se encuentran tipificadas en el art. 173.1 del Código penal. La persona que grababa nos podemos plantear, atendiendo a la teoría de la Coautoría señalada por el TS, si es un coautor; o bien ha cometido el delito de omisión del deber de socorro tipificado en el art. 195 del CP. Pero todas estas reflexiones sólo son especulaciones, porque los agresores, y aquí está la clave, son menores de edad.

El asunto nos da pie a imaginar que también, dentro del "acoso", pueden cometerse otros delitos, como el de amenazas (arts. 169 a 171 del CP), coacciones (art. 172 del CP), injurias (art. 205 y 207 del CP), calumnias (art. 208 y 210 del CP), agresiones y abusos sexuales (arts. 178 y ss del CP), o embaucamiento con fines sexuales, a menores de 16 años (art. 183 ter del CP). También, en casos ya sumamente extremos, cabría la comisión de un homicidio doloso (art. 138 CP), incluso un asesinato (art. 139 CP); evidentemente, cabe la comisión de un homicidio imprudente (art. 142 del CP). No hemos de olvidar que ha habido casos en nuestro país como el del menor de 11 años, que se suicidó en la Comunidad de Madrid el 2011 porque ése era el único modo de dejar de ir a clase. El caso nos pone sobre la literalidad del art. 143.1 del CP: es delito la inducción al suicidio. Tampoco nos podemos olvidar de la letra del art. 172 ter del CP.

El tipo objetivo requiere que:

a) Se haya sometido la víctima a vigilancia, persecución o búsqueda física; o

b) Se haya tratado de establecer contacto con la víctima mediante cualquier medio, ya sea electrónico, telemático o de otras personas; o

c) El sujeto activo haya usado, de forma indebida, los datos personales de la víctima,

d) o haya atentado contra su libertad o patrimonio, o lo homónimo de otra persona que está muy cerca de la víctima (cercanía que, normalmente física es, sobre todo, afectiva).

2. La Responsabilidad Penal en la minoría de edad

En este punto, podemos hablar de dos situaciones, según el menor responsable esté por debajo de los 14 años (límite mínimo a partir del cual se aplicaría la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, Ley 5/2000 de 12 de enero) o ya los haya cumplido; y se encuentre en la franja de edad entre los 14 y los 18 años; intervalo temporal en el que la Ley de Responsabilidad Penal del Menor desplegaría sus efectos. Esta norma, en su artículo 1.1, expresamente señala que viene a desplegar su eficacia siempre que se traten (dentro de la franja de edad que ya hemos señalado) de hechos tipificados como delitos (o "faltas", expresión que entendemos derogada de forma tácita por la ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, que suprimió el libro III del Código Penal) o las leyes penales especiales.

Y puede que nos encontremos con el segundo de los escollos: no existe ningún tipo penal que específicamente tipifique el "Bullying", un anglicismo que traducimos como una violencia, tanto física como síquica, que con carácter reiterado se ejerce sobre la víctima. Y volvemos al subepígrafe anterior: habría que acudir, con total seguridad, a un concurso real de delitos.

En el caso de que nos encontremos ante inimputables; es decir, frente a autores de delitos con edades inferiores a los 14 años, el marco legal de referencia lo podemos encontrar en el RD 732/1995, de 5 de mayo[6]; cuyos arts. 36 y 37 dispone que los alumnos han de respetar la libertad de conciencia y las convicciones religiosas y morales; así como la dignidad (de conformidad con el art. 10.1 de la Constitución Española), la integridad y la intimidad de todos los demás miembros de la comunidad educativa (de la que forman parte no sólo los alumnos, sino profesores, padres y trabajadores no docentes).

Por otra parte, continúa en el elenco de necesidades de respeto a los derechos fundamentales el art. 37; que en un formato de "deber" del alumnado de no discriminación de ningún miembro de la comunidad educativa por razón de nacimiento,

[6] Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd732-1995.html. Consultado el 18 de julio de 2017.

raza, sexo o por cualquier otra circunstancia personal o social; en la misma forma que el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución Española.

Como garantías del proceso sancionador, destacamos los contenidos de los arts. 51 a 53 del mismo RD. Las conductas gravemente perjudiciales para la convivencia dentro del centro (detalladas en el art. 52) no podrán ser corregidas sin que se instruya previamente un expediente, que se incoará (tras le necesaria recogida de información al respecto de los hechos) a propuesta del director del centro o bien del Consejo Escolar.

Y las sanciones que se pueden imponer (sorprende que el RD las considere como "manera de corregir las conductas consideradas gravemente perjudiciales" para la convivencia en el centro) abarcan desde la realización de:

- tareas contributivas al desarrollo de las actividades del centro; o bien dirigidas a reparar el daño causado,
- suspensión dela participación del actor en actividades extraescolares o complementarias.
- Cambiar de grupo.
- Suspensión del derecho a participar en determinadas clases.
- Suspensión de la asistencia por más de cinco días e inferior a dos semanas.
- Cambiar de centro.

Se señala un plazo de prescripción de cuatro meses, y las correcciones (que en ningún momento de califican como de "sanciones") prescriben a la finalización del curso escolar.

Por tanto, y como conclusión parcial de este apartado, observamos que hay una definitiva responsabilidad del centro en atajar, y detectar a tiempo estos comportamientos de acoso reiterado. En definitiva, hay una responsabilidad "in vigilando"; comisiva del tipo omisivo del artículo 195 del CP: de la omisión del deber de socorro: que podría ser cometido en "cascada", como consecuencia de no haber activado los protocolos por acoso escolar tan pronto como se detectaron fundados indicios.

La culpa "in vigilando" la puede tener quien desempeña la labor docente de forma directa. De una manera indirecta, y en vía administrativa, y teniendo en cuenta que la

labor de un centro escolar es pública y la titularidad de la competencia la tienen los poderes públicos, cabría exigir responsabilidad a la Administración, en vía administrativa y, en su caso, posteriormente en la jurisdicción de lo contencioso-Administrativo, por el funcionamiento anormal (en este caso) de los servicios públicos, con la denominada "responsabilidad patrimonial de la Administración[7]".

Y con base en el contenido del art. 1903[8] del Código Civil, cabría la de reclamar los daños y perjuicios ocasionados por sus hijos a los padres de los sujetos activos, como responsables de los mismos por su minoría de edad.

En el ámbito de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, este tipo de conductas pueden ser "reconducidas" según el contenido de su artículo 19: Nos referimos a una solución extrajudicial que evitaría el juicio tanto para la víctima como a los menores infractores. Es evidente que esta solución sólo cabría para los casos menos graves.

Si nos encontramos con casos graves, no quedaría otra opción que acudir a la vista o juicio; en el que tras celebrarse, se le podría imponer por el Juez de Menores algunas de las consecuencias contenidas en el art. 7 de la Ley.

De conformidad con el art. 28 de la Ley, el alejamiento, la libertad vigilada o los internamientos, pueden adoptarse de forma cautelar antes del juicio por el Juez, a petición de la fiscalía; evidentemente ello está reservado para los casos más graves; y atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Y como ya adelantábamos, también la Ley del menor (art. 61.3 de la misma) a no ser que medie renuncia expresa de la víctima, el menor responsable ha de enfrentar la indemnización correspondiente a favor de la víctima por los daños derivados de su acción infractora, dentro de los que van incluidos los morales. Y además, de esta indemnización responden solidariamente sus padres, tutores y guardadores, sean éstos de hecho o de derecho.

[7] FUENTES ABRIL, Javier. "La Responsabilidad patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial)".(2009).http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/. Consultado el 19 de julio de 2017.

[8] MAGRO SERVET, Vicente. "Responsabilidad civil por culpa in vigilando". (2013). http://www.elderecho.com/civil/responsabilidad_civil-culpa_in_vigilando-aseguradora-infraccion_del_deber_11_621055001.html. Consultado el 19 de julio de 2017.

IV. CONCLUSIONES

El bullying no es más que una manifestación de la violencia humana en un concreto escenario, el centro escolar. El concepto se creó, para distinguir una violencia continuada entre menores de otras violencias, y en otras edades.

Una clase de violencia, aunque sea específica, no deja de ser violencia…algo tan antiguo como la humanidad misma. Ahora bien, lo que sí es nuevo es la preocupación por hacerla visible. Y, en esa labor, los medios de comunicación son piedra angular. Lo que pasa en las escuelas es motivo de ocupación (y preocupación) de toda la comunidad educativa. Y quienes forman parte de ella, además de los propios alumnos, son los padres, los docentes, directores de centros, administraciones; la educación es asunto de toda la sociedad; pues la educación es reflejo de la propia sociedad. Se enseña lo que la sociedad construye; lo que ella permite que se enseñe. Si la escuela es reflejo de la sociedad, la violencia que en ella se dé entre menores es reflejo de la misma; esos comportamientos son aprendidos; bien en casa (fundamentalmente) pero no atajados (o incluso aprendidos) en la escuela.

Por ello, estamos completamente convencidos de que si queremos controlar (para después abordar la posibilidad de acabar) con esta forma de violencia, hay que averiguar, caso por caso, dónde está el foco del problema. Insistimos que se trata de la reproducción de un modelo violento que se ha aprendido; y que se ha podido aprender en casa (familia) y/o en la comunidad; es decir, en ambientes de personas adultas en los que los menores tienen sus espacios; o bien se da en espacios que han sido creados para los menores. Hay que recordar que la observación del comportamiento violento entre adultos, unido a la toma de conciencia de los resultados obtenidos tras ese comportamiento violento (obtención de lo apetecido o demandado) refuerzan, de una manera fortísima, la tendencia a la reproducción de esos comportamientos: se ha obtenido con la violencia lo que se deseaba, luego la violencia se eleva a manera eficaz de ver satisfechas cualquier demanda o cualquier necesidad.

Y con base en los planteamientos antecedentes, nos preguntamos si este tipo de comportamientos escolares suponen la apertura hacia la formación del delincuente adulto. La respuesta es afirmativa, a todas luces. Por ello creemos que factores de riesgo que pueden desencadenar el *bullying* pasan por la falta de límites por parte de los padres: El tan denostado principio de autoridad: un padre y una madre no ejercen de "amigo" o "colega" del menor. Ejercen la Patria potestad.

Tampoco hay que darles todo lo que pidan: pierden la cultura del trabajo y del esfuerzo: el placer inmediato no satisfecho y no educado conduce a la frustración, y ésta se transforma rápidamente en violencia.

Y hay que recordar que los actos de cada uno tienen consecuencias. Y se revela la necesidad de más implicación de dos factores importantísimos de socialización de los menores: los padres y la escuela. Ni la escuela está sólo para instruir en materias, ni los padres han de pensar que la "educación" es sólo "cosa" de la escuela; que para eso "cobran" los profesores. Tener un hijo es mucho más que las obligaciones básicas señaladas en el Código Civil: supone inculcar un espíritu de superación en una senda de formación continua; en un mundo inestable en el que cada uno ha de buscar su propio sitio, su lugar "con los otros"; siendo consciente del "yo" que, aunque sea único, no cabe pensarse sin "el otro"; y que a cada derecho del que se goza y se es titular, corresponde el correlativo haz de deberes.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES ABRIL, JAVIER. La responsabilidad patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial). Noticias jurídicas, 2009.

http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/.

LUZÓN PEÑA, D. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Madrid, Tirant lo Blanch, 2012.

MAGRO SERVET, VICENTE. Responsabilidad civil por culpa in vigilando. El derecho.com, 2013. http://www.elderecho.com/civil/responsabilidad_civil-culpa_in_vigilando-aseguradora-infraccion_del_deber_11_621055001.html.

MAPELLI, B. Las consecuencias jurídicas del delito. Navarra, Aranzadi, 2011.

MUÑOZ CONDE F./GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

PARÉS SOLIVA, MARINA. Factores del acoso escolar. Servicio Europeo de Información sobre el Mobbing- SEDISEM, 2007.

http://www.educaweb.com/noticia/2007/12/17/factores-acoso-escolar-2679/.

http://conceptodefinicion.de/sexting/.

http://e-legales.net/responsabilidad-penal-de-los-menores/

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t6.html

https://www.muyinteresante.es/curiosidades/preguntas-respuestas/ique-es-el-stalking.

https://es.wikipedia.org/wiki/Acoso_escolar.

https://es.wikipedia.org/wiki/Sextorsi%C3%B3n.

* * * * * *

Francisca Juárez Vasallo
Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Ávila. Socia FICP.

~La competencia por conexidad del Tribunal del Jurado~

Resumen.- La competencia por conexión del Tribunal del Jurado ha sido siempre un tema complejo. Precisamente por esa complejidad, el Pleno de la Sala 2ª del TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre ello. La reciente modificación del CP y de la LECR, especialmente del art. 17 de esta última, trastoca nuevamente dicha competencia. Se acomete en esta Comunicación el estudio de la competencia por conexidad del Tribunal del Jurado, los Plenos más importantes sobre la materia y la reciente reforma del art. 17 LECR. Por último, se analiza el nuevo Acuerdo de Pleno de 9 de Marzo de 2017.

I. LA CONEXIDAD Y LA COMPETENCIA POR CONEXIDAD DEL TRIBUNAL DEL JURADO

La LECR contempla la conexión como una causa de alteración de la competencia objetiva y territorial (y en ciertos supuestos, de orden jurisdiccional o competencia genérica) que debería tener un órgano jurisdiccional penal, por aplicación de las normas generales que regulan los criterios de atribución de la competencia. Procesalmente hablando, a pesar de que la regulación de la LECR sea escueta, se trata de fijar qué orden jurisdiccional atrae el conocimiento de los delitos conexos (art. 16 LECR), cuándo se da la conexión, lo que se realiza en el art. 17 LECR, qué órgano jurisdiccional resulta territorialmente competente, dentro del orden penal, en caso de conexión (art. 18 LECR), y cuál es el efecto fundamental de la conexión, a saber, la reunión de todas las causas en un solo procedimiento (lo que se contemplaba en el suprimido art. 300 LECR). También tiene importancia para la refundición de condenas prevista en el art. 988 LECR.

La conexión entendida en sentido estricto (diversidad o pluralidad de delitos culpándose a una sola persona o a varias), puede ser determinante tanto de jurisdicción como de competencia objetiva y territorial, sin perjuicio de sus aspectos sustantivos.

Que las leyes procesales deban regular los efectos en el proceso de la conexión sustantiva viene exigido, fundamentalmente, por la prohibición de dividir la continencia de la causa implícita en la solución adoptada por el legislador. Como consecuencia del reconocimiento de este mandato aparecen ciertas ventajas, y en concreto, el favorecimiento del llamado principio de economía procesal, que obliga a tramitar todas las causas relacionadas de alguna manera entre sí en un único procedimiento, con el consiguiente ahorro de tiempo (al ser más rápido el procedimiento), y de costes

económicos (al sólo existir un único procedimiento) que supone, lo que en definitiva es una de las concreciones más importantes del principio constitucional que prohíbe las dilaciones indebidas en el proceso (art. 24.2 CE), y también el favorecimiento de soluciones homogéneas, pues la conexión evita decisiones contradictorias.

No debe tampoco menospreciarse que la conexión responde también a criterios de estricta Justicia, con relación a los imputados, pues es mejor para ellos ser enjuiciados en un único procedimiento, e incluso favorece su derecho a la defensa técnica, consagrado constitucionalmente en el art. 24.2 CE, ya que la comprensión de los hechos desde todos los aspectos posibles hace más real una sentencia absolutamente justa.

En cuanto a la competencia por conexidad del Tribunal del Jurado, dispone el art. 5.2 de la Ley 5/1995, de 22 de Mayo, del Tribunal del Jurado, en adelante LOTJ, que también se extiende la competencia objetiva al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en dicho artículo, sin que pueda enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación así como aquellos delitos conexos que se puedan enjuiciar por separado sin que se rompa la continencia de la causa. La extensión de la competencia inicial del jurado a otros delitos no expresamente mencionados en el art. 1 LOTJ se establece, pues, en el artículo 5 del mismo texto legal.

En primer lugar la competencia se extiende a los delitos conexos cuando se trate de delitos con autores plurales que, reunidos, cometan simultáneamente los distintos delitos. En segundo lugar, la competencia se extiende a los delitos conexos cuando dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello. Por último, se extiende a los delitos que se hayan cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad.

En realidad la LOTJ se está refiriendo a la conexidad que se recoge en el art. 17 LECR, quedando excluido el art. 17.3 de la citada Ley referido a los supuestos de conexidad subjetiva o por analogía.

La conexidad simultánea recogida en la letra a) del art. 1.2 LOTJ exige que las personas reunidas se encuentren en el mismo lugar y cometan los delitos al mismo tiempo, siempre que éstos sean de la competencia del Jurado. Previamente a la reforma de la LECR, el art. 17.1 mantenía la misma dicción que el art. 5.2.a) LOTJ: «los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas», sin embargo el anterior

art. 17.1 determinaba aún más la competencia por conexión al añadir «siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la naturaleza del delito».

Son también competencia del Jurado por conexidad cuando los delitos se cometen por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello (art. 17.2º LECR). Su objetivo es agilizar el enjuiciamiento de los delitos cometidos por bandas o grupos criminales, mafias, siempre que no sean competencia de la Audiencia Nacional.

El tercer supuesto: que alguno de los delitos se haya cometido, para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad recoge la conexidad a la que se refiere el art. 17.3º y 4º LECR. En este caso los distintos delitos pueden cometerse por una sola persona. Ejemplos típicos de delitos que se cometen para perpetrar otros o facilitar su ejecución son, el delito de allanamiento de morada para cometer una agresión sexual o el delito de cohecho y falsificación de documentos oficiales. Ejemplos típicos de comisión para lograr la impunidad sería el delito de robo con violencia en casa habitada y asesinato posterior del propietario de la vivienda, para eliminar testigos presenciales del robo o, el agresor sexual que mata a su víctima para que no le denuncie.

En los supuestos de conexión medial la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no venía siendo pacífica a la hora de determinar la competencia entre un Tribunal lego y uno profesional, llegándose a excluir la competencia del Jurado cuando se incorporaba en la materia delictiva del objeto procesal un delito no incluido en la competencia del mismo, resolviéndose las dudas a favor de la jurisdicción ordinaria. En otros casos, se acudía al delito más grave de todos los cometidos para determinar la competencia, por lo que si se causaba la muerte de una persona, la competencia era del Tribunal del Jurado.

El problema de la competencia del Jurado por conexión en los supuestos recogidos en el art. 5.2 c) de la LOTJ fue nuevamente planteado ante el TS en el recurso de casación contra una sentencia dictada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de septiembre de 2008 (crimen de Bellvitge), juicio que fue anulado al estimar el Tribunal Supremo que el Juicio debía celebrarse por el procedimiento de Jurado, lo que supuso un giro jurisprudencial en materia de determinación de la competencia del Tribunal de Jurado en los casos de conexidad delictiva. Consecuencia de dicha sentencia fue el Pleno no jurisdiccional de 20 de enero de 2010 completado por

el del día 23 de febrero de 2010. El TS consideró que, de todos los delitos que se imputaban al procesado, dos eran de la competencia del Jurado: el delito de asesinato y el allanamiento de morada. Consideró el alto Tribunal que no se estaba tratando la conexidad subjetiva del anterior art. 17.5 LECR, sino en el supuesto de que unos y otros ilícitos se encontraban en una especial relación instrumental o de facilitación de su ejecución o de favorecimiento de la posterior impunidad (art. 5.2 c) LOTJ.[1]

Considera que aunque esta previsión legal tiene algunas similitudes con el llamado concurso medial del art. 77 CP, ambos preceptos no son enteramente coincidentes, pues en este último caso se exige que una de las infracciones sea medio necesario para cometer la otra, carácter de necesariedad que no es exigido en esos términos en todos los supuestos previstos en el art. 5.2 LOTJ, por lo que es posible afirmar la competencia del jurado para conocer de los delitos conexos aun en los casos en que no se aprecie técnicamente el concurso medial, pero lo que sí es necesario, es que exista una determinada finalidad en la comisión de los delitos conexos, pues la Ley exige que hayan sido cometidos: para perpetrar otros; o para facilitar su ejecución; o para procurar su impunidad.

La anterior sentencia no era del todo clarificadora, bastando con que alguno de los delitos se hubiera cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar la impunidad de otro u otros para que se atribuyera la competencia al juicio por Jurado, máxime cuando el Legislador no distingue si en tales relaciones los delitos competencia directa del Jurado hayan de ser los que se cometieron inicial o posteriormente, por lo que debía entenderse que la atracción competencial se producía en ambos sentidos.

Esta sentencia del TS dio lugar al que el Pleno de la Sala 2.ª se reuniera para aproximar posturas entre las Audiencias con objeto de evitar que supuestos extremadamente complejos de pluralidad delictiva que abarcaban figuras delictivas ajenas a aquellas que el legislador había estimado procedente encomendar al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado fueran enjuiciados por este Tribunal (STS 2.ª, núm. 857/2001 de 29 de junio), alejándose del espíritu reflejado en la Exposición de

[1] La citada sentencia dice: "(…)el art. 5.2 LOTJ extiende la competencia del Tribunal del jurado a los delitos conexos, entre otros casos, cuando alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. Su contenido no es una exacta reproducción del art. 17.5 LECR, ni tampoco se trata de previsiones absolutamente diferentes, pues en este último caso para apreciar la conexidad se exige que los delitos imputados a la misma persona al incoarse causa contra ella tengan analogía o relación entre sí, lo que revela una mayor amplitud en la regulación. En el art. 5.2 LOTJ, por lo tanto, quedarán incluidos aquellos supuestos en los que la relación entre los delitos sea una de las expresamente previstas».

Motivos de la LO 5/1995 de 22 mayo, del Tribunal del Jurado, que señalaba como criterio para conocer por Jurado los delitos que carecían de excesiva complejidad o aquellos cuyos elementos normativos integrantes eran especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial.

II. EL ACUERDO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ENERO DE 2010 Y DE 23 DE FEBRERO DE 2010.

Acuerdo de Pleno de la Sala 2ª del TS de **20 de Enero de 2010**:

"*Cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el art. 1.2 de la LOTJ:*

1. La regla general es el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continencia de la causa.

a) Se entenderá que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro o de otros pueda recaer sentencia de sentido diferente.

b) La analogía o relación entre varios hechos constitutivos de varios delitos, en ningún caso exige, por sí misma, el enjuiciamiento conjunto si uno o todos ellos son competencia del Tribunal del Jurado (artículo 1.2LOTJ).

2. La aplicación del art. 5.2.a) no exige que entre los diversos imputados exista acuerdo. Se incluyen los casos de daño recíproco.

3. La aplicación del art. 5.2.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación. La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura.

Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el art. 1.2, en estos casos la competencia

será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente.

4. El art. 5.3, al mencionar un solo hecho que pueda constituir dos o más delitos, incluye los casos de unidad de acción que causaren varios resultados punibles.

5. Se excluye el caso de la prevaricación, que nunca será competencia del Tribunal del Jurado.

6. En consecuencia, cuando no se aprecie alguna de las finalidades previstas en el art. 5.2.c) o el delito fin no sea de los enumerados en el art. 1.2: no concurran las circunstancias de los apartados a) o b) del art. 5.2; no se trate de un caso de concurso ideal o de unidad de acción que causare varios resultados punibles; o, en cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal de la Audiencia Provincial".

Este acuerdo fue posteriormente complementado por el de **23 de febrero de 2010**, añadiendo al anterior el siguiente párrafo:

"*Cuando existieren dudas acerca de cuál es el objeto principal perseguido por el autor de los hechos objeto de actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ), la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados*".

Sendos acuerdos resolvían el problema de la conexidad recogido en el art. 5.2 c) que era el que mayores problemas planteaba a los Tribunales. Tras su dictado, quedaba claro que la intención del autor del delito es determinante de la competencia del Tribunal del Jurado. Si el objetivo principal del autor es cometer un delito competencia del Jurado (p.ej.: matar), todos los demás delitos cometidos se considerarán conexos con él (robo de las joyas halladas en la vivienda). Si por el contrario, su objetivo era robar y ante la oposición de la víctima o bien para ocultar el delito cometido decide acabar con su vida, la competencia será del Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial que entrará a conocer sobre el homicidio o, en su caso, del asesinato.

En los casos en que sea difícil determinar cuál era la intención de autor de los hechos, se atenderá al delito más gravemente penado para determinar si éste es de la competencia de un Tribunal lego o de un Tribunal profesional.

Ya se adelantó, aunque no está de más recordar, que existen dos excepciones al principio de conexidad: en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación ni aquellos otros delitos cuyo enjuiciamiento pueda realizarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa.

III. LA CONEXIDAD TRAS LA REFORMA DEL ART. 17 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

La ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, modifica el art. 17 de la LECR y con ello las reglas de conexidad y su aplicación, al determinar la competencia de los Tribunales. Según manifiesta el preámbulo de dicha ley, la nueva redacción del art. 17 LECR tiene por objeto conseguir la racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, para conseguir su rápida y eficaz sustanciación.

Tras la reforma, MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO[2] opinan que la conexidad puede definirse como el vínculo que presentan dos o más delitos que determina que, en virtud de las circunstancias subjetivas u objetivas previstas por la ley, puedan ser juzgados en la misma causa, siempre que resulte conveniente por razones materiales y procesales. Así pues, se refuerza el principio "un delito, una causa" y la conexidad, como excepción, se establece con carácter relativo, sometida su aplicación al criterio de la utilidad.

En definitiva, el reformado artículo 17 LECR viene a establecer como regla que los procesos penales serán de único objeto, siendo excepcionales los de objeto plural. Tras esta modificación, la acumulación de procesos no se plantea como algo automático, sino que estará condicionada a la apreciación de una circunstancia positiva (que la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulte conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes) y a otra negativa (que ello no suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso), y en consonancia con ello, se suprime el art. 300 LECR.

El reformado **art. 17.1 LECR** establece una regla general: cada delito dará lugar a la formación de una única causa. Y una excepción o regla complementaria general[3]: los

[2] MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO. La reforma de la LECR en 2015. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. Madrid 2015, pp. 67,68.

[3] Así lo denomina ROIG ANGOSTO, M.C. Las reformas del CP. FD16145. 2016, p. 23.

delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulte conveniente para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes. Se establece así una premisa de carácter valorativo y una objeción también valorativa: no debe suponer excesiva complejidad o dilación para el proceso.

El **art. 17.2 LECR** se establecen los vínculos de conexión a efectos de atribución de jurisdicción y de distribución de competencia. Así, se considerarán delitos conexos:

1º. Los cometidos por dos o más personas reunidas.

2º. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.

3º. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.

4º. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

5º. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

6º. Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

El art. **17.3 LECR** establece una nueva regla complementaria especial para los delitos que no pueden considerarse conexos pero que han sido cometidos por la misma persona (requisito subjetivo) y tengan analogía o relación entre sí (requisito objetivo: con vinculación de tipo penal -bien jurídico protegido-medio comisivo- lugar de comisión-víctimas): estos delitos podrán ser enjuiciados en la misma causa –a instancia del MF- cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

La anterior circunstancia 5ª del art. 17 establecía la conexidad de *"los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren' analogía o relación entre sí,* a *juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados"*. Consideran MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO[4] que con ella la posibilidad de acumulación era tan amplia y

[4] MARCHENA GÓMEZ, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO. La reforma de la LECR en 2015, p. 68

flexible que cualquier nexo subjetivo u objetivo entre los hechos punibles bastaba para incluir en la misma causa delitos que podían ser enjuiciados por separado sin problema alguno, con dos perniciosas consecuencias: i) el constante planteamiento de inhibiciones a favor de Juzgados del mismo partido o partida distinto ante la sencilla posibilidad de encontrar analogía o relación de una causa con otra incoada con anterioridad por otro órgano judicial; y ii) la aparición de procesos de objeto múltiple o macrocausas, sumamente disfuncionales para el sistema y perjudiciales para las partes.

En cuanto a cuestiones procesales, la actual regulación de la conexidad ordena mejor sistemáticamente la materia subordinando las reglas de conexión a un enjuiciamiento ágil y conveniente, con claros reflejos en sede de competencia (artículo 18 LECR).

La apertura de piezas separadas (762.6º LECR), ahora es una previsión legal tácita derivada del artículo 17 LECR, tanto para enjuiciar diversos hechos atribuidos a una misma persona como para enjuiciar a diversas personas; fijando como criterio que se simplifique y agilice el procedimiento -como factor positivo-; y que se cuente con elementos suficientes para un razonable enjuiciamiento autónomo -factor negativo: no romper la continencia de la causa-.

Al exigir el artículo 17.3 LECR que los hechos que guardan relación o analogía entre sí sean competencia de un mismo órgano judicial, excluye, para este supuesto, cualquier alteración de las normas de jurisdicción y de competencia en la idea de que evitar el trasiego de diligencias de un Tribunal a otro resulta más ventajoso, en términos de economía procesal, que permitir la acumulación.

No cabe duda de que la limitación introducida por el nuevo artículo afecta a la competencia objetiva y funcional. Respecto de la competencia territorial se habrán de tener en cuenta, sin embargo, las exigencias impuestas por la conexidad material.

Además, la competencia para juzgar (y para instruir) deriva de la unidad del procedimiento, y, si bien el artículo 14 LECR no establece previsión al respecto al determinar la competencia con carácter general, existen regulaciones específicas de competencia que atienden a las consecuencias de la conexión, y que se derivan de los artículos 65. 1º, párrafo final, LOPJ, 5.2 LOTJ y 17 bis, 16y 272, todos de la LECR.

La unificación de procedimiento tiene la función de mera facilitación de tramitación o para resolver los problemas derivados de la inescindibilidad del enjuiciamiento.

Por otra parte, el artículo reformado establece una nueva "conexidad procesal" para infracciones especialmente vinculadas en las que es imperativo el enjuiciamiento conjunto.

Es necesario mencionar el caso de los delitos recíprocamente ocasionados por diversas personas, que antes no eran infracciones conexas y que ahora sí lo son, tal como señala el artículo 17.2.6º LECR.

La expresión "salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso", repetida dos veces a lo largo del art. 17 LECR, invita a analizar lo que puede entenderse por ambas, pudiendo servir de patrón interpretativo, no exclusivo, el nuevo artículo 324 de la LECR, entendiendo que es excesiva la complejidad de la causa que no permita su finalización en los plazos previstos para las causas de tal índole en el referido artículo.

Según entienden MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO[5], la catalogación de la causa como compleja cuando tenga por objeto numerosos hechos punibles, sólo quedará justificada en los casos en los que la conveniencia de la acumulación de delitos conexos introduzca complejidad pero no *excesiva complejidad*, supuesto éste último en el que los asuntos deben investigarse por separado.

La complejidad de la instrucción judicial puede responder no sólo a los hechos denunciados, sino a factores muy diversos y normalmente acumulativos: tipos de delitos, ramificaciones territoriales, pluralidad de actuaciones a investigar, de documentos a analizar, relaciones con el extranjero, pericias complejas, cooperación

En los casos de indivisibilidad concurriría la "conexidad material": cuando existe una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material (unidad natural, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones) y tanto la prueba relativa a tales hechos, como la exigencia de impedir la ruptura de la continencia de la causa y de evitar resoluciones contradictorias sobre un mismo hecho, obliga al enjuiciamiento conjunto, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otro. Se trata de

[5] MARCHENA GÓMEZ, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO. Opus cit., p. 67.

enjuiciar en el mismo proceso una parcela o segmento de la realidad delictiva que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo unitario.

La conexidad se fundaría, inicialmente, en la necesidad de enjuiciamiento conjunto en una sola causa en los términos legalmente expuestos (a fin de evitar el riesgo de sentencias contradictorias), siendo obligada cuando tenga repercusiones en la penalidad.

Cabe señalar, por fin, que la conexidad tendrá también una clara proyección en relación con la prescripción (Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 y jurisprudencia derivada y artículo 131.4 del Código Penal) y con la acumulación de penas y refundición de condenas (límites penológicos en los supuestos de concursos reales: artículo 76 del Código Penal y artículo 988 LECR y en los supuestos de concursos ideal o medial: artículo 77 del Código Penal85), dado que la conexidad no sólo afecta al derecho procesal (jurisdicción y competencia), sino también al derecho penal material.

IV. EL ACUERDO DE PLENO DE 9 DE MARZO DE 2017

Pleno del **9 de marzo de 2017**.

"Incidencia en la competencia del Tribunal del Jurado de las reglas de conexidad tras la modificación del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.- De los delitos que se enumeran en el art 1.2 de la ley reguladora, siempre y sólo conocerá el Tribunal del Jurado.

Si se ha de conocer de varios delitos que todos sean competencia del Tribunal del Jurado, como regla general se seguirá un procedimiento para cada uno de ellos sin acumulación de causas. Será excepción la prevista en el nuevo art 17 de la Ley de enjuiciamiento criminal: *serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso*.

2.- También conocerá de las causas que pudieran seguirse por otros delitos cuya competencia no le esté en principio atribuida en los casos en que resulte ineludiblemente impuesta la acumulación pero que sean conexos.

3.- La procedencia de tal acumulación derivará de la necesidad de evitar la ruptura de la continencia de la causa. Se entiende que no existe tal ruptura si es posible que respecto de alguno o algunos de los delitos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente.

4.- Existirá conexión determinante de la acumulación en los supuestos del art 5 de la LOTJ.

5.- Que en el supuesto del art 5.2 a, se entenderá que también concurre la conexión conforme al actual art 17.6º cuando *se trate de delitos cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.*

Cuando se atribuyan a una sola persona varios hechos delictivos cometidos simultáneamente en unidad temporo-espacial y uno de ellos sea competencia del Tribunal del Jurado, se considerarán delitos conexos por analogía con lo dispuesto en el artículo 5.2.a) de la LOTJ, por lo que, si deben enjuiciarse en un único procedimiento, el Tribunal del Jurado mantendrá su competencia sobre el conjunto,

6.- En los casos de relación funcional entre dos delitos (para perpetrar, facilitar ejecución o procurar impunidad) si uno de ellos es competencia del Tribunal del Jurado y otro no, conforme al artículo. 5.2.c) de la Ley del Tribunal del Jurado, se estimará que existe conexión conociendo el Tribunal del Jurado de los delitos conexos.

7.- No obstante en tales supuestos de conexión por relación funcional, la acumulación debe subordinarse a un estricta interpretación del requisito de evitación de la ruptura de la continencia, especialmente cuando el delito atribuido al Jurado es de escasa gravedad y el que no es en principio de su competencia resulta notoriamente más grave o de los excluidos de su competencia precisamente por la naturaleza del delito.

8.- Tampoco conocerá el Tribunal del Jurado del delito de prevaricación aunque resulte conexo a otra competencia de aquél.

Pero sí podrá conocer, de mediar tal conexión, del delito de homicidio no consumado.

9.- Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento.

Asimismo, cuando diversas acciones y omisiones constituyan un delito continuado será competente el Tribunal del Jurado si éste fuere de los atribuidos a su conocimiento.

10.- A los efectos del art 17.2.3 de la ley de enjuiciamiento criminal se considerarán conexos los diversos delitos atribuidos a la misma persona en los que concurra, además de analogía entre ellos, una relación temporal y espacial determinante de la ineludible necesidad de su investigación y prueba en conjunto, aunque la competencia objetiva venga atribuida a órganos diferentes.

En tales casos, si de uno de los delitos debiera conocer el Tribunal del Jurado, se estará a lo establecido en el apartado 5 párrafo segundo de este acuerdo."

Tras este Acuerdo, en mi opinión, pueden extraerse algunas conclusiones:

- La reforma del art. 17 LECR ha provocado que se restrinja la posibilidad de formación de macro-causas mediante la modificación de las reglas de conexidad de forma que el principio de que a cada hecho punible le corresponda su propio proceso penal sólo tenga las excepciones justificadas por la conveniencia de la acumulación para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que ello suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. Este espíritu es recogido por el Acuerdo Plenario en su apartado primero. El factor de la complejidad será objeto de numerosos análisis. En opinión de algunos jueces y penalistas[6], el límite entre complejidad y excesiva complejidad podría ser la imposibilidad de finalizar la instrucción en el plazo inicial de dieciocho meses establecido con carácter general para las investigaciones complejas.

- Aunque en sentido negativo, se ofrece ahora una clara definición de lo que se ha de considerar "ruptura de la continencia de la causa": se entiende que no existe tal ruptura si es posible que respecto de alguno o algunos de los delitos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente.

[6] MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR. Opus cit. "Una interpretación conjunta de los arts. 17 y 324 LECRIM permite establecer corno criterio para la determinación de la concurrencia del impedimento de la excesiva complejidad, obstativa de la acumulación, la posibilidad de realización de un pronóstico razonable de imposibilidad de finalización de la instrucción en el plazo inicial de dieciocho meses establecido con carácter general para las investigaciones complejas", p. 57.

- Se equipara, a efectos de conexidad y siempre que uno de los delitos sea competencia del Tribunal del Jurado, la comisión simultánea por una sola persona de varios delitos producida en unidad espacio temporal con la comisión simultánea de delitos cometida por dos o más personas reunidas (art. 5.2 a).

- Se deja claro que, en el caso de un homicidio no consumado, será competente el Tribunal del Jurado si presenta conexión con otro competencia de éste, al contrario de lo que ocurre con el delito de prevaricación, que no será competencia del TJ ni aunque presente conexión con otro delito de su competencia.

- En el caso de concurso de normas, será competencia del TJ si uno de los delitos está atribuido a su conocimiento. Lo mismo ocurrirá en el caso de un delito continuado.

- En el caso de relación funcional de los delitos, se exige además de analogía entre ellos, la comisión de los delitos en unidad o relación espacio temporal. Repárese en la importancia que, a efectos de conexidad, presenta la comisión de los delitos en una unidad espacio temporal pues eso determinará la necesidad de su investigación y prueba en conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M. La conexidad en la competencia del Tribunal del Jurado. Estudios de Derecho Judicial nº 96. 2006.

GÓMEZ COLOMER J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. La competencia por conexidad del Tribunal del Jurado, Problemas de juicio oral con Jurado, Manuales de Formación Continuada, núm. 1 CGPJ, Madrid (1999).

MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO. La reforma de la LECR en 2015. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. Madrid. 2015.

ORDUNA NAVARRO, B. Conexidad y juicio por jurado. Diario La Ley nº 8027. 2013.

ROIG ANGOSTO, M C. Las reformas del CP. Revista del CGPJ. FD16145. 2016

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN. Problemática del Tribunal del Jurado. CD

* * * * * *

Carmen Lapuerta Irigoyen

Jurista y criminóloga. Socia FICP.

~El cibercrimen y el agente encubierto *on line*~

I. DE AMENAZA A REALIDAD

La reciente edición de El País Digital de 18.05.2017 titulaba en su portal de inicio: Así fue el impacto del ciberataque en España: "Los expertos señalan el severo impacto del virus informático que se propagó a gran escala pese al silencio de las numerosas compañías que se han visto afectadas". El ciberataque, que se propagó por medio mundo ha congelado equipos informáticos y ha pedido rescates a cambio de la recuperación de los datos, comienza a estar controlado gracias a las actualizaciones de Microsoft, al ingenio de los investigadores independientes y al estado de alerta que establecieron la mayoría de empresas e instituciones al conocer la noticia.

Un enorme ciberataque ha golpeado sistemas informáticos en decenas de países. El virus, conocido como *ransomware***,** afectó, entre otros, a los equipos de la sede de Telefónica en Madrid, al sistema de salud británico o el ministerio del Interior ruso. El *ransomware* causa un secuestro exprés de datos y pide un rescate para liberar el sistema. En un *tuit*, Costin Raiu, el director global del equipo de investigación y análisis de Kaspersky Lab, empresa de seguridad informática, estimó que ayer se habían registrado más de 45.000 ataques en 74 países. De momento, ninguna infraestructura crítica ha resultado afectada.[1]

Las investigaciones prosiguen, y todavía quedan muchas cuestiones que responder: quién es el "paciente cero", quién está detrás del ataque y cuáles han sido sus motivaciones. Las últimas pistas señalan directamente al grupo de ciberdelincuentes *Lazarus Group,* vinculado a Corea del Norte y conocido por el ataque a Sony Pictures en el que extrajeron información de carácter confidencial".[2]

II. CONCEPTOS DE CIBERCRIMEN, CIBERDELINCUENCIA Y CIBERDELITO, SU GLOBALIZACIÓN.

Sobre la diferencia entre el "delito informático", *que se vale de elementos informáticos para la perpetración* y el "ciberdelito" que *se refiere a una posterior*

[1] Enlace en: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2017/05/12/actualidad/1494586960_025438.html
[2] Enlace en: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2017/05/18/actualidad/1495108825_274656.html

generación delictiva vinculada a las TIC en el que interviene la comunicación telemática abierta, cerrada o de uso restringido, se entiende por *"*cibercrimen"[3] *cualquier infracción punible, ya sea delito –o falta- en el que se involucra un equipo informático o Internet y en el que el ordenador, teléfono, televisión, reproductor de audio o vídeo o dispositivo electrónico, en general, puede ser usado para la comisión del delito o puede ser objeto del mismo delito.*[4]

En la red de redes, es pacífica entre los internautas la definición de la "ciberdelincuencia" como *cualquier tipo de actividad ilegal en la que se utilice Internet, una red privada o pública o un sistema informático doméstico,* y comprende, *cualquier acto criminal que utilice ordenadores y redes* entendiendo por "ciberdelitos" *aquellos atentados a la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, de la redes y los datos, así como el uso fraudulento de tales sistemas, redes y datos".* Pese a que un elevado porcentaje de ciberdelitos se establecen en torno a la obtención de información sensible para usos no autorizados, la ciberdelincuencia también comprende actos criminales tradicionales, como pueden ser robos, suplantación de identidad, fraude, acoso y así un innumerable etcétera de delitos.[5]

Una vez más la realidad demuestra que el fenómeno de la ciberdelincuencia revela que pese a ser una amenaza silenciosa no por ello resulta menos dañina. Los hábitos de vida se trasladan al ciberespacio, es el paradigma de la transformación digital. Pero este cambio implica nuevos retos, especialmente para el Derecho Penal. La ciberdelincuencia está hoy más activa que nunca, los ataques informáticos y el fraude económico a través de la tecnología alcanzan un grado de sofisticación hasta ahora inimaginable**.** El resultado es que las actividades ilícitas a través de internet pueden llegar a alcanzar un impacto económico de un billón de euros al año en el mundo, según estimaciones del Instituto Nacional de Ciberseguridad (Incibe), cifra equivalente al PIB de un país como España**.** Fuentes policiales aseguran que esta actividad supera al narcotráfico en lucro. En cambio, las inversiones en ciberseguridad en el planeta se estima que alcanzan los 70.000 millones de euros.[6]

[3] ROMEO CASABONA, C. De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal, Comares, Granada, 2006, pp. 1-42.

[4] RAYÓN BALLESTEROS / GÓMEZ HERNÁNDEZ. Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, núm. 47, 2014, pp. 209-234.

[5] Enlace en: https://sites.google.com/site/criminologos20/noticias-del-blog/conceptoyevoluciondelaciberdelincuencia.

[6] Enlace en: http://www.elmundo.es/economia/2017/01/08/586fc1d222601d6f4b8b4584.html.

La generalización de Internet, de las redes privadas o públicas, de los sistemas informáticos que comporte la utilización de teléfonos móviles, de ordenadores y redes sociales, en las relaciones personales, sociales y económicas ha ido determinando la aparición de novedosos comportamientos -hasta ahora impensables-, que por incidir en bienes jurídicos merecedores de protección demandan un adecuado reproche mediante su tipificación en las legislaciones penales, al igual que está determinando nuevas dinámicas y mecanismos de ejecución de conductas ilícitas más convencionales que ya se encontraban sancionadas en los ordenamientos jurídicos de los distintos países, pero que encuentran en las *TICs* (Tecnologías de la Información y la Comunicación*),* otros cauces para llevar a efecto la actividad criminal de forma más fácil, segura y eficaz. Por otra parte, la existencia de estos instrumentos tecnológicos ha modificado también profundamente las técnicas de investigación criminal. Son indudables las ventajas que ofrecen estos nuevos medios tecnológicos para investigar comportamientos delictivos, no solamente aquellos relacionados con las nuevas tecnologías como pueden ser la distribución de pornografía infantil, el *phising (*suplantación de identidad, consiste en el envío de correos electrónicos que aparentan ser fiables y que suelen derivar a páginas web falsas recabando datos confidenciales de las víctimas*)* o el *childgrooming (*término de la lengua inglesa que significa en español "acicalar" y que se utiliza para hacer referencia a todas las conductas o acciones que realiza un adulto para ganarse la confianza de un menor de edad, con el objetivo de obtener beneficios sexuales), sino también respecto a comportamientos delictivos más tradicionales en los que la geolocalización de un teléfono móvil, la determinación de la dirección IP, o incluso la realización de registro remoto, puede contribuir al esclarecimiento del hecho delictivo. Sin embargo, es indudable que la utilización de estos instrumentos tecnológicos como medios de investigación criminal plantea importantes problemas en lo referente a la afectación que estos pueden producir en derechos fundamentales. Resulta evidente que hoy en día estos nuevos instrumentos tecnológicos representan un papel fundamental en la comunicación e interacción de los individuos por lo que todo registro de ordenador o intervención de Smartphone puede suponer una intromisión no solamente en el derecho de la intimidad sino también, claro está, en el derecho al secreto de comunicaciones que, como sabemos, tiene una protección constitucional privilegiada al exigir siempre resolución judicial no admitiendo, como en el caso de la intimidad, una intromisión en

la misma por parte de la Policía cuando concurre una situación de urgencia.[7]

III. LA CIFRA NEGRA Y VÍCTIMAS DE LOS DELITOS CIBERNÉTICOS.

Las cifras que presenta el Ministerio del Interior a través de la Estadística de Cibercriminalidad 2015[8], refieren que se contabilizaron para el año 2015, tan solo un total de 60.154 hechos, de los cuales el 67,9% corresponde a fraudes informáticos (estafas) y el 16,8% a amenazas y coacciones, esa cifra de denuncias no llega ni a un 10% de los delitos que se comenten.[9]

La contribución de la víctima a la comisión del delito cibernético es determinante en numerosas ocasiones para entender la elevada tasa de criminalidad, pero también la alta cifra negra, al no reconocer su condición de víctima, no presentar denuncias o no continuar hasta el final con sus pretensiones procesales.[10] Son numerosos los casos en los que las víctimas desconocen su condición de tales, lo que se explica como consecuencia de las dificultades de naturaleza técnica existentes. El sistema de trabajo a tiempo real que permite el tratamiento instantáneo de los datos o las modificaciones de los programas, o la copia de unos y de otros, por lo general, sin dejar huella de las operaciones realizadas, favorece un fenómeno criminal en el que la víctima desconoce la lesión sufrida o, en última instancia, toma constancia de la misma transcurrido cierto tiempo desde la comisión del hecho[11]. Son los supuestos de ataques dirigidos contra personas naturales en los que la cifra negra se relaciona como la llamada "invisibilidad del delito informático"[12]. Esta invisibilidad tendría su razón de ser en la relatividad del espacio y tiempo, a través de la cual el delincuente se inviste con los más absolutos atributos de intemporalidad y ubicuidad[13]. El carácter anónimo provoca en la víctima la sensación de que la justicia penal no podrá dar con el responsable y siente que se

[7] ZARAGOZA TEJADA, J.I., Jornadas de la FGEº de 27 octubre 2016 sobre uso de las nuevas tecnologías y nuevas formas de delincuencia. La modificación operada por la Ley 13/2015. El agente encubierto informático, pp. 2-3.

[8] Ministerio del Interior estudio sobre la cibercriminalidad en España 2015 Enlace en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Informe+Cibercriminalidad+2015.pdf/c10f398a-8552-430c-9b7f- 81d9cc8e751b.

[9] BARRERA, S. Jefa de la Sección Técnica del Grupo de Investigación en Redes de la Unidad de Investigación Tecnológica (UIT) del CNP, Entrevista 17.03.2013. Enlace en: http://www.muycomputerpro.com/2017/03/17/silvia-barrera-cnp.

[10] ANARTE BORRALLO, E. Impactos de las nuevas tecnologías en el sistema penal: aproximación al derecho penal en la sociedad de la información. Revista Derecho y conocimiento, vol.1, 2001 p. 206.

[11] ROMEO CASABONA, C.M, Poder Informático y Seguridad Jurídica, Editorial Fundesco. Madrid. 1988. p. 38.

[12] REYNA ALFARO, L. La víctima en el delito informático. *Revista peruana* de *Doctrina* y *Jurisprudencia Penal*. *N*úm. *1*/2002 p 7.

[13] HERRERA MORENO, M. El fraude informático en el derecho penal español. Actualidad penal. Núm. 39, 2001. p. 931.

enfrenta a un ser invisible frente a cuyos ataques sólo queda resignarse, por lo que pocas veces denuncian los hechos que se dan en su perjuicio[14].

Cuando los ataques delictivo-informáticos son dirigidos contra empresas o corporaciones, la "cifra negra" de criminalidad encuentra también su razón de ser en la "publicidad negativa" y lo que ello significa para las propias empresas atacadas[15]. Los incidentes en Internet suelen estar asociados con el nivel de seguridad informática que poseen las empresas o corporaciones atacadas. Lo que genera desprestigio en la empresa[16] atacada, descrédito de la fiabilidad de la gestión de la propia empresa y, en diversas ocasiones, temor a que como consecuencia de las investigaciones policiales, se lleguen a desvelar estrategias o secretos comerciales, industriales o científicos[17]. Por esa razón un alto número de incidentes de seguridad en Internet son mantenidos en reserva por decisión de las propias víctimas[18].

En general, bien sea por el desconocimiento de la intromisión ilegítima, bien por el desprestigio que conlleva la denuncia de un ataque informático, la realidad de la "cifra negra" en el ámbito de la cibercriminalidad se hace más patente que en otros supuestos y genera inevitablemente un sentimiento de impunidad a la hora de afrontar la comisión de estos delitos a pesar de las ventajas de la presentación de denuncias.

IV. IDENTIFICACION DE LAS CIBERAMENAZAS Y SUS AGENTES.[19]

El Centro Criptológico Nacional al elaborar su Informe de Ciberamenazas y Tendencias de 2015 constata una vez más que la generalización del uso de los medios electrónicos incrementa la superficie de ataque y, en consecuencia, los beneficios potenciales derivados, lo que constituye sin duda uno de los mayores estímulos para los atacantes. En dicho informe publicado en 2016, se examina el impacto, en España y fuera de sus fronteras, de las amenazas y los ciberincidentes más significativos ocurridos en 2015:

[14] REYNA ALFARO, L.M. La víctima en el delito informático. *Revista peruana* de *Doctrina* y *Jurisprudencia Penal*. *N*úm. *1*/2002 p. 8; en igual sentido MORÓN LERMA, E. Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red. Aranzadi. Pamplona 1999, p. 27.

[15] REYNA ALFARO, L.M. Aproximaciones Victimológicas. Capítulo Criminológico Vol. 31. núm. 4/ 2003 p. 101.

[16] ACURIO DEL PINO, S. Delincuencia informática. *Revista* de Derecho de UNAM 1990 p. 17.

[17] ROMEO CASABONA, C.M, Poder Informático. 1988. p. 39.

[18] HERRERA MORENO, M. El fraude informático. Actualidad penal. Núm. 39, 2001. p. 932; en igual sentido MORÓN LERMA, E. Internet y Derecho Penal. Aranzadi. Pamplona 1999. p. 37.

[19] Centro Criptológico Nacional. Informe 2015 Enlace en CCN-CERT.https://www.ccn-cert.cni.es/informes/informes-ccn-cert-publicos/1483-ccn-cert-ia-0916-ciberamenazas-2015.

1. Ciberespionaje / actores estatales / organizaciones privadas (por Estados y empresas, político o industrial).

Ésta modalidad ha constituido la mayor amenaza para los países, estando especialmente dirigida a los sistemas de información de las corporaciones industriales, empresas de Defensa, alta tecnología, automoción, transportes, instituciones de investigación y Administraciones Públicas. La complejidad, volumen e impacto de estos ataques, habitualmente conducidos a través de APTs. Las evidencias de 2015 permiten afirmar que, en significativas ocasiones, tales acciones han sido llevadas a cabo por Servicios de Inteligencia o Departamentos de Defensa extranjeros, que siguen invirtiendo importantes recursos en dotarse de capacidades de defensa y, también, de ataque.

Entre los ataques más destacados de 2015 en España, destacan que los actores principales en el robo de información han sido los grupos: APT28, Snake, APT29 y Emissar y Panda.

Valoración de la amenaza: este tipo de ataques continuará en ascenso en los próximos años, al tiempo que lo hace su sofisticación y peligrosidad.

2. Ciberdelito / ciberdelincuentes.

Destaca su profesionalización y el crecimiento de la organización interna de sus actores. La sofisticación de las técnicas usadas, la disponibilidad de nuevas o renovadas herramientas (incluyendo la prestación de servicios delincuenciales bajo demanda - on demand-) y la pulcritud en la perpetración de tales acciones constituyen una preocupación en franco crecimiento. El año 2015 evidenció que las organizaciones cibercriminales están dispuestas a invertir grandes cantidades de dinero en la preparación de sus acciones. Del mismo modo, el denominado Cibercrimen como Servicio "CaaS Cybercrime-As-A-Service" ha incrementado su penetración y profesionalización, habiéndose percibido una cierta "competencia" entre los propios ciberdelincuentes, lo que obliga a sus autores a prestar a sus "clientes" un "servicio" cada vez más fiable.

Ataques más destacados de 2015:

- Campaña Carbanak dirigida contra entidades financieras de Europa del Este, en donde lograron infectar a varios bancos a través de spearphishing. Se estima que los autores fueron capaces de sustraer entre 250 y 1.000 millones de dólares.

- Corcow: un ataque dirigido usando técnicas de inteligencia, a entidades financieras (y sus clientes), que tuvo especial incidencia en Rusia y Ucrania.

- Ataque a Hacking Team: exfiltración y publicación de informes de esta empresa italiana especializada en la venta de herramientas y tecnologías de ataque y monitorización.

- Home Depot sufrió el robo de 56 millones de números de tarjetas de crédito y débito, además de 53 millones de direcciones de correo electrónico de sus clientes.

- Las sustracciones de datos personales de Community Health Systems (4,5 millones de pacientes), Anthem (80 millones de asegurados) y Premera (11 millones de aseguradas en Estados Unidos)

Valoración de la amenaza: los beneficios obtenidos y el acceso cada vez más fácil a las herramientas de perpetración de este tipo de ataques propiciará el incremento del número de ciberdelincuentes y, en consecuencia, el de sus acciones.

3. Ciberterrorismo / grupos terroristas.

Aunque la peligrosidad potencial de sus acciones sigue creciendo, no puede afirmarse que, en la actualidad, represente una grave amenaza, especialmente por las limitadas capacidades técnicas que se han observado en sus despliegues.

Valoración de la amenaza: las capacidades del ciberyihadismo no han hecho sino empezar a mostrarse. Es de esperar ciberataques más numerosos, más sofisticados y más destructivos en los próximos años, en tanto persista la actual situación en torno a Daesh

4. Hacktivismo.

Personas o grupos, más o menos organizados, que desarrollan sus acciones en el ciberespacio movidos generalmente por motivos ideológicos. En los últimos años sus ciberataques (desfiguración de páginas web, ataques DDoS12 o sustracción de datos confidenciales de sus objetivos) pretendieron ser la respuesta a determinadas medidas adoptadas por gobiernos y que consideraban perjudiciales para la libertad de Internet. En general, el año se ha caracterizado por un número reducido de operaciones hacktivistas comparado con años anteriores.

Ataques más destacados de 2015:

- Confrontación entre grupos en la órbita de 'Anonymous', por un lado, contra identidades hacktivistas que apoyan o muestran simpatía por el grupo yihadista 'Daesh'.

- Tras el ataque al semanario francés, Charlie Hebdo, se produjeron múltiples desfiguraciones a sitios web franceses. La operación de Anonymous #OpCharlieHebdo Anonymous dio lugar a la reacción #OpFrance, en la que decenas de sitios web franceses mostraron textos islámicos.

- En Iberoamérica se mantuvo una ofensiva contra el Gobierno de Nicolás Maduro (Venezuela) y varias operaciones antigubernamentales en México.

- En España se caracteriza por una baja densidad con la excepción de "La 9ª Compañía de Anonymous".

5. Ciberyihadismo / grupos yihadistas (acciones atribuibles a grupos de tendencia violenta y radical dentro del islam político).

En 2015 ha aparecido una nueva amenaza: el ciberyihadismo, que usando métodos, procedimientos y herramientas del terrorismo, el hacktivismo y la ciberguerra constituye una realidad incipiente y supone una de las mayores amenazas con las que se enfrentarán las sociedades occidentales en los próximos años. Las importantes vías de financiación de estos grupos (al socaire de Daesh) hacen posible que puedan llegar a adquirir los conocimientos y las herramientas precisas para el desarrollo de ciberataques o la contratación de los mismos. Hasta el momento, sus ataques se han limitado a la desfiguración de páginas web, ataques DDoS a pequeña escala o, más comúnmente, al uso de Internet y de las redes sociales para la diseminación de propaganda o el reclutamiento y la radicalización, actividades que no exigen grandes conocimientos o infraestructura.

Desde el mundo judicial se ha detectado la propagación del islamismo radical a través de las redes sociales, usando internet para reclutar y adiestrar a sus "soldados" y para obtener financiación.[20]

Ataques más destacados de 2015:

[20] ZARAGOZA J. / DELGADO, D. ex fiscal jefe de la Audiencia Nacional y coordinadora antiterrorista yihadista en la Audiencia Nacional, respectivamente. Entrevista. Enlace en: http://www.elmundo.es/opinion/2015/03/08/54fc94e3268e3ee02d8b456d.html.

- Uso de código dañino (por ejemplo, en Siria se detectaron ciberataques para obtener datos sobre posiciones de los objetivos locales).

- Ataque a sitios web.

- Instrucciones para el uso de una herramienta de acceso remoto (RAT14) para el control de equipos.

- Ataques a redes sociales para la obtención de información.

- Ataques de phishing para obtener datos de tarjetas de crédito y obtener información.

- El grupo CyberCaliphate afiliado a Daesh atacó y tomó el control de las cuentas de Twitter y Youtube del US Central Command.

Valoración de la amenaza: las capacidades del ciberyihadismo no han hecho sino empezar a mostrarse. Es de esperar ciberataques más numerosos, más sofisticados y más destructivos en los próximos años, en tanto persista la actual situación en torno a Daesh.

6. Cibervandalismo/vándalos y script kiddies.

Se denomina ***cibervándalos*** a aquellos individuos que, poseyendo significativos conocimientos técnicos, llevan a cabo sus acciones con el único motivo de demostrar públicamente que son capaces de hacerlo. Por su parte, los denominados ***script kiddies*** son aquellos que, con conocimientos limitados y haciendo uso de herramientas construidas por terceros, perpetran sus acciones a modo de desafío, sin ser, en muchas ocasiones, plenamente conscientes de sus consecuencias. Pese a la difusión mediática que durante 2015 han recibido las acciones de los cibervándalos, no constituyen una amenaza seria a los intereses de las organizaciones.

Ataques más destacados de 2015: Desfiguración de la página web de Malaysian Airlines.

Valoración de la amenaza: de cara a los próximos años no se prevén alteraciones sustanciales del comportamiento de estos actores.

7. Actores internos.

También denominados ***Insiders*** son personas que están o han estado trabajando para una organización (empleados o exempleados, colaboradores y proveedores) y que provocan brechas de seguridad importantes. En algunos casos se detecta exfiltración de información por motivos económicos o políticos. En otros casos se debe a negligencia o

despecho de determinadas personas. En varios de los ciberincidentes ocurridos en 2015 se pudo observar cómo algunos empleados manejaron información sensible en servidores privados sin adoptar las adecuadas medidas de seguridad.

Ataques más destacados de 2015

- Un empleado de una compañía de seguros depositó datos de las reclamaciones de 27.000 asegurados en un servidor privado para probar un determinado software.

- Caso de AMS-IX (compañía holandesa de intercambio de Internet): un error durante los trabajos de mantenimiento hicieron caer la plataforma y los servicios web no estuvieron disponibles durante diez minutos, lo que, pese a lo limitado del tiempo, tuvo repercusión internacional, dada la importancia del sistema afectado.

Valoración de la amenaza: los actores internos sólo han venido representando un pequeño porcentaje de los agentes de las amenazas (menos del 15%)

8. Ciberinvestigadores.

Buscan vulnerabilidades en entornos TIC al objeto de verificar la protección de los sistemas objeto de sus investigaciones. Con frecuencia, además de informar a las empresas, se publica en los medios de comunicación el resultado de sus investigaciones con un doble efecto: positivo y negativo. En el plano negativo es evidente que la publicidad de cualquier vulnerabilidad conlleva que los sistemas identificados sean más vulnerables a ataques externos, facilitando la acción de los atacantes, que pueden llegar a beneficiarse de los resultados de las investigaciones. Incluso, se han dado casos de ciberinvestigadores acusados de realizar extorsiones a las entidades investigadas.

V. REACCION INSTITUCIONAL Y NORMATIVA FRENTE A LOS RIESGOS DEL CIBERCRIMEN.

1. Compromiso internacional: Convenio de Budapest 23.11.2001.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia[21], firmado en Budapest por España el 23 de noviembre de 2001, supone la respuesta a la necesidad de tener medios eficaces de cooperación para la lucha contra la cibercriminalidad. Se refiere al desarrollo y la utilización, cada vez mayor, de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, así como la necesidad de aplicar una política penal

[21] Publicado en el BOE núm. 226 de 17/07/2010.

común, encaminada a proteger a la sociedad frente a este nuevo tipo de delincuencia, adoptando y armonizando una legislación adecuada en todos los países y manteniendo una política de cooperación internacional. Dicho convenio no fue ratificado por España hasta 1 de octubre de 2010 y ha sido el inspirador de la Directiva 2013/40/UE. La reforma del Código Penal de 2015 está motivada por dicha directiva.

La plena conciencia de este fenómeno y de la repercusión que esa utilización irregular de estas nuevas herramientas puede tener en el pleno ejercicio de los derechos y las libertades de las personas, está impulsando en los últimos años un claro empeño de muchos Estados y de diversas organizaciones internacionales en articular de forma coordinada soluciones legales que, plenamente respetuosas con los principios y valores que informan el Estado de Derecho, resulten adecuadas y eficaces en la acción policial y judicial frente a estas novedosas manifestaciones criminales. Esta acción coordinada es la única respuesta posible ante un fenómeno criminal que se desarrolla en el ciberespacio, más allá de límites territoriales y fronterizos y cuyos artífices se sirven de las diferencias en los ordenamientos jurídicos nacionales para dificultar su persecución y sanción y, en definitiva, procurar su impunidad. De acuerdo con este planteamiento y en plena sintonía con los países del entorno más próximo, en nuestro país se publicó en el año 2013, la Estrategia Nacional de Ciberseguridad, en la que se fijaron las directrices para el uso seguro del ciberespacio *con una visión integradora a través de la adecuada coordinación y cooperación de todas las Administraciones Públicas, contando además, con el sector privado y con los ciudadanos.* Uno de los objetivos de este documento, el tercero de ellos, se refiere específicamente al tema que nos ocupa pues se concreta en *potenciar las capacidades de prevención, detección, respuesta, investigación y coordinación frente a las actividades del terrorismo y la delincuencia en el ciberespacio.*[22]

2. Especialización en materia de cibercrimen de unidades policiales.

En nuestro país, al igual que en el resto del mundo, el aumento de los delitos tecnológicos ha crecido exponencialmente, para intentar luchar contra ellos se han creado unidades especializadas de investigación, tanto en el Cuerpo Nacional de Policía como en la Guardia Civil y algunas policías Autonómicas. Así encontramos que existen unidades especializadas en cibercrimen denominadas:

[22] Memoria de la FGE 2016 pp. 590-593

a) **U.I.T. /B.I.T.** [23]**(**Unidad de Investigación Tecnológica/Brigada de Investigación tecnológica, del Cuerpo Nacional de Policía). La Brigada de Investigación Tecnológica es la Unidad policial, encuadrada en la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF), está destinada a responder a los retos que plantean las nuevas formas de delincuencia. Pornografía infantil, estafas y fraudes por Internet, fraudes en el uso de las comunicaciones, ataques cibernéticos, piratería, entre otros.

b) **G.D.T.** 24 **(Grupo de delitos telemáticos de la Guardia Civil), creado para** investigar, dentro de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, todos aquellos delitos que se cometen a través de Internet. Su origen se remonta al año 1996, cuando se constituyó el Grupo de Delitos Informáticos (GDI) para atender a las pocas denuncias que había entonces por los llamados delitos informáticos. Su buen hacer y el crecimiento exponencial de usuarios de la red, propiciaron el crecimiento del grupo, que pasó a llamarse Departamento de Delitos de Alta Tecnología (DDAT), asumiendo como nueva competencia el fraude en el sector de las telecomunicaciones. Con la socialización de Internet y el crecimiento de los hechos delictivos, se amplía el abanico de competencias de investigación, que alcanza a todas aquellas conductas delictivas realizadas a través de los sistemas de información o contra éstos, lo que se conoce popularmente como el cibercrimen. El departamento cambia de nombre por el actual, Grupo de Delitos Telemáticos (GDT). Estos cambios se acompañaron de la creación de los Equipos de Investigación Tecnológica (EDITE,) en cada uno de las provincias de España. El esfuerzo principal del GDT y de los EDITE,s ha sido, desde su creación, la investigación de la delincuencia que se vale de las redes y sistemas de información para su comisión. También cabe destacar los esfuerzos que realizan para fomentar un uso seguro de las nuevas tecnologías, consciente de que a la larga este esfuerzo ayudará a minimizar el impacto de la delincuencia.

c) **U.C.O.**[25] (Unidad Central Operativa de la Guardia Civil). Como Unidad específica de Policía Judicial, tiene como misión investigar y perseguir los asuntos relacionados con la delincuencia organizada, económica, internacional y aquella

[23] Enlace en: http://www.policia.es/orq central/iudicial/udef/bit quienes somos.html
[24] Enlace: http://www.guardiacivil.es/es/servicios/delitos telematicos/index.htmi
[25] Enlace en: http://www.gurdiacivil.es/es/institucional/estructuraorganización/orgcentral/direcadjunope/

otra cuyas especiales características así lo aconsejen; así como el establecimiento y mantenimiento del enlace, coordinación y colaboración con otros servicios afines, nacionales e internacionales.

3. Especialización judicial en cibercrimen

a) En el año 2011 se creó **LA FISCALÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS INFORMÁTICOS**. Es a través de la Instrucción 2/2011 del Fiscal General del Estado, por la que se crea la denominada Fiscalía de Criminalidad Informática. Los delitos que investiga se estructuran en tres categorías:

1) Delitos en los que el objeto de la actividad delictiva son los propios sistemas informáticos o las TIC (sabotaje informático, acceso sin autorización a datos, programas o sistemas informáticos, revelación de secretos, entre otros),

2) Delitos en los que la actividad criminal se sirve para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC (estafas informáticas, delitos contra la propiedad intelectual, corrupción de menores y personas discapacitadas, pornografía infantil, entre otros),

3) Delitos en los que la actividad criminal, además de servirse para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC, entraña especial complejidad en su investigación que demanda conocimientos específicos en la materia (falsificación documental, injurias y calumnias contra funcionarios públicos, amenazas y coacciones, delitos contra la integridad moral, apología o incitación a la discriminación, el odio y la violencia, justificación de los delitos de genocidio, entre otros).

b) **EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL** viene impulsando cursos formativos sobre "ciberdelincuencia" a los distintos operadores jurídicos, siendo uno de los más recientes el celebrado en Valencia los días 9 y 10 de marzo de 2017[26] en el que se abordó como tema central la "Problemática penal de las redes sociales".

4. Respuesta interna. reforma del Código Penal por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, ambas de 30 de marzo.

[26] Enlace en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Ciberdelincuencia%20y%20redes%20sociales%20(1).pdf.

Como respuesta normativa íntimamente vinculada al problema, se encuentra la publicación de dos importantísimas reformas legislativas que afectan plenamente al ámbito de la ciberdelincuencia. Por una parte la reforma del Código Penal llevada a efecto por las leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015, ambas de 30 de marzo que, en lo que aquí interesa, incorporan tipos penales novedosos con los que se pretende hacer factible la persecución penal de determinadas manifestaciones criminales surgidas al socaire de la evolución tecnológica y también adaptan figuras delictivas tradicionales en el derecho patrio a las especialidades detectadas en las formas comisivas como consecuencia de la utilización de herramientas TIC en la planificación y ejecución criminal. En ambos casos, y en línea con lo anteriormente indicado, ha de reseñarse que muchas de estas modificaciones derivan de la implementación en el ordenamiento jurídico español de normas internacionales sobre la misma materia. Así ocurre con la Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto sobre ataques a los sistemas de información, inspirada a su vez en la Convención de Budapest del Consejo de Europa, cuya incorporación al CP además de servir para la reorganización sistemática de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y daños informáticos, ha dado lugar a la tipificación de conductas como la interceptación ilegal de las transmisiones de datos entre sistemas (artículo 197.bis.2) y el abuso de dispositivos (artículo 197 ter y 264 ter) así como a la reelaboración de los subtipos agravados y a la elevación de las sanciones respecto de los delitos de daños informáticos. La adaptación de nuestra normativa interna se ha dejado notar igualmente en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, por influencia en este caso de la Directiva 2011/93/UE sobre abuso, explotación de los menores y pornografía infantil y de la Convención de Lanzarote del Consejo de Europa. La publicación de la LO 1/2015 ha implicado modificaciones en la figura del child grooming (artículo 183 ter), así como en los delitos de pornografía infantil (artículo 189), entre las que han de destacarse la tipificación del acceso on-line a material de esta naturaleza, la previsión especifica 593 en el código penal de la retirada de contenidos ilícitos, la interrupción de servicios o el bloqueo de unos y otros por resolución judicial, o la formulación de un concepto legal de pornografía infantil. A su vez, la LO 2/2015 ha supuesto novedades significativas en la tipificación y sanción de los delitos de terrorismo (artículo 573 y ss.) con el objetivo, alguna de ellas, de facilitar la actuación penal frente al uso de Internet con fines terroristas de acuerdo, también en este aspecto, con las pautas marcadas internacionalmente y, en particular, las fijadas por la Decisión Marco 2008/919/JAI y la Resolución n.º 2178 de NNUU de 24-IX-2014. En otros casos

las variaciones en los tipos penales han venido determinadas por la necesidad de ofrecer respuestas legales ante algunos comportamientos surgidos al hilo del uso de las TIC y que se han entendido merecedores de un reproche penal poco factible con la previa regulación legal. Buen ejemplo de ello, es la tipificación de la cesión inconsentida de imágenes de carácter íntimo (artículo 197.7) y del acoso permanente a través de medios de comunicación (artículo 172 ter) o la redefinición de los delitos contra los derechos de propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información que acoge en nuestro ordenamiento penal la doctrina Svensson fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en sentencia de fecha 13-II-2014. Esta importante modificación legislativa se ha completado con la inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, particularmente la llevada a efecto por LO 13/2015 de 5 de octubre que alcanza, entre otras materias, a la investigación tecnológica. Al margen de otras consideraciones sobre las novedades incorporadas en el proceso penal, en lo que afecta a los procedimientos sobre ciberdelitos, ha de reconocerse el acierto del legislador español al abordar de forma detallada y completa la utilización de las herramientas e instrumentos tecnológicos como medios de investigación criminal, materia en la que la regulación existente hasta ahora era claramente insuficiente –especialmente si tenemos en cuenta los derechos y libertades que pueden verse afectados por dichas técnicas de investigación– como ya habían puesto reiteradamente de manifiesto nuestros Tribunales y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El legislador además de incorporar al texto legal la doctrina que al respecto han ido elaborando el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional para cubrir –en la medida de lo posible– las carencias legales, ha aprovechado también para incorporar a nuestro ordenamiento algunos mecanismos de investigación recogidos en disposiciones internaciones como es el caso de la orden de preservación de datos (artículo 588 octies) derivada de los artículos 16 y ss. de la Convención de Budapest del Consejo de Europa y cuyo objeto es evitar la destrucción de evidencias electrónicas en tanto se obtiene autorización judicial para el acceso a las mismas.[27]

VI. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTIVO, ON LINE, 2.0 Ó VIRTUAL.

Se puede definir al agente encubierto en Internet como *"empleado o funcionario público que, voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en la*

[27] Memoria de la FGE 2016 pp. 590-593.

Red con el fin de obtener información sobre autores de determinadas prácticas ilícitas producidas a través de la red" mediante "la ocultación de la verdadera identidad policial, con el fin de establecer una relación de confianza que permita al agente integrarse durante un periodo de tiempo prolongado en el mundo en el que los "ciberdelincuentes" actúan, con la finalidad primordial, igualmente oculta, de obtener la información necesaria para desenmascarar a los supuestos criminales".[28]

La figura del agente encubierto únicamente se encontraba regulada vía del artículo 282 bis LECrim, la entrada en vigor de la LO 13/2015, en el referido artículo añade dos apartados, los apartados 6 y 7, con la finalidad de introducir el agente encubierto informático, al que se le aplicarán las mismas condiciones fijadas para el agente encubierto tradicional.

El ámbito en el que podrán tener lugar las infiltraciones, viene limitado por tres exigencias.

1. la investigación esté orientada hacia actividades propias de la delincuencia organizada.

2. la investigación debe estar dirigida a esclarecer alguno de los delitos descritos en el artículo 282 bis 4, o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter.

3. solamente podrán participar en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación, limitando así su competencia -fuera quedarían "todos los contenidos informáticos de naturaleza abierta, como foros, blogs, chats o redes sociales con contenido público, denominado ámbito de ciberpatrullaje[29]-. Únicamente se podría usar para canales cerrados como mensajes privados de redes sociales o foros restringidos".[30]

La novísima figura de los *"agentes encubiertos informáticos"*, una suerte de espías en la red, ya habían sido aceptados por la Jurisprudencia, y que permitirán a la Policía Judicial, a través del uso de identidades falsas, intercambiar archivos ilícitos en

[28] VALDIVIESO VILLANUENA. L., Las diligencias de investigación tecnológica y su aplicación práctica en el Orden Jurisdiccional Penal. TFM. Universidad de Salamanca. 2016. pp. 13-16.

[29] ZARAGOZA TEJADA, J.I., Jornadas de la FGEº octubre 2016 sobre uso de las nuevas tecnologías y nuevas formas de delincuencia. pp 2-3.

[30] BUENO DE MATA, F. Comentarios críticos a la inclusión de la figura del agente encubierto virtual en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Fodertics 4.0 estudios sobre nuevas tecnologías y justicia. Editorial Comares, Granada. 2015 pp. 117-123.

Internet así como distribuir troyanos en el transcurso de una investigación para identificar a los presuntos delincuentes. Estos agentes podrán, a través de la creación de un pseudoperfil en cualquier red social, intercambiar con otro usuario material que -por su propia naturaleza- sea constitutivo de delito a fin de poder identificar al autor material. Asimismo, se encontrarán habilitados para grabar imágenes y conversaciones cuando ello sea necesario, así como para analizar los algoritmos asociados a estos archivos ilícitos con la finalidad de localizar a los supuestos autores de determinados hechos delictivos.

Con la última reforma procesal por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se menciona esta figura al considerar que *"resulta ocioso explicar la importancia del denominado agente encubierto a efectos de la persecución de determinadas modalidades delictivas. Pues bien, íntimamente relacionado con las anteriores medidas de investigación tecnológica, la reforma actualiza el uso de tales recursos por el agente encubierto en las tareas que tiene encomendadas. En concreto, de una parte se prevé la posibilidad de que los agentes encubiertos puedan obtener imágenes y grabar conversaciones, siempre que recaben específicamente una autorización judicial para ello; y de otra, se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación (puesto que en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria) y que a su vez, requerirá una autorización especial (sea en la misma resolución judicial, con motivación separada y suficiente, sea en otra distinta) para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación"*[31].

En todo caso ha de tenerse en cuenta que la infiltración únicamente sería constitucionalmente valida si se excluye totalmente la posibilidad de la provocación delictiva. En relación con ello existe una doctrina muy consolidada en la Sala Segunda del Tribunal Supremo a cuyo tenor: no cabe identificar ni confundir el delito provocado con el que ha venido a denominarse delito comprobado, que tiene lugar cuando la actividad policial, sin quebrar legalidad alguna, pretende descubrir delitos ya cometidos,

[31] Apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

generalmente de tracto sucesivo, como suelen ser los de tráfico de drogas, toda vez que en estos supuestos el agente infiltrado no busca ni genera la comisión del delito, sino allegar pruebas de una ilícita actividad ya cometida o que se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En el delito provocado no se da en el acusado una decisión libre y soberana de delinquir. En el delito comprobado esa decisión es libre y nace espontáneamente. (STS entre otras de fechas 09.12.1998; 16.04.1999; 19.02.2003 y 30.10.2006). Más recientemente se ha referido a esta materia la Sala II del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10.05.2013 (marginal Aranzadi 8073). En esta resolución nuestro más alto Tribunal además de dejar constancia de que el delito provocado es una rechazable e inadmisible actividad policial que traspasa los límites de la legalidad, recuerda expresamente que es clara la distinción entre el delito provocado instigado por la policía y aquella otra actividad policial tendente a acreditar el delito ya decidido de forma autónoma y libre por la persona concernida reduciéndose la actividad del agente policial a comprobaría1 delito. En igual sentido ha de citarse la STEDH caso Nosko y Nefedov contra Rusia, de fecha 30.09.2014 que rechaza de plano la incitación policial como medio de investigación al quebrar la exigencia de un juicio justo.

VII. CONCLUSIONES

1. Resulta acuciante dar una respuesta ágil y efectiva en el plano del Derecho Internacional para este tipo de delitos que no conocen de fronteras, para que se intensifique la colaboración internacional y se pueda hacer frente a su extraterritorialidad.

2. En general, existe un desconocimiento en el mundo judicial de la mayor parte de los aspectos relacionados con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, por lo que resulta inaplazable la adaptación a la actual situación de todos los operadores jurídicos mediante cursos de formación que permitan, dada que la complejidad técnica de los procesos, conocer el alcance de las medidas que puedan solicitarse y de las infracciones que pueden cometerse.

3. A nivel policial, se detecta falta de medios personales y materiales que puedan llevar con éxito este tipo de investigaciones, lo que causa gran perplejidad en el ciudadano al ver como en ciberataques masivos como el reciente, sean personas civiles, normalmente jóvenes, quien de forma voluntariosa y altruista consigan hacer un “cortafuego” de lo que pudiera ser una infección informática a escala mundial.

4. Necesario compromiso del sector privado en el mantenimiento de sus sistemas informáticos protegidos con sistemas de seguridad perfecta y constantemente actualizados. Instauración y difusión de planes de prevención y concienciación entre sus empleados, para que eviten los riesgos de infestaciones informáticas, mediante uso de terminales y claves individuales y no transferibles.

5. Necesaria concienciación de los poderes públicos para articular campañas de divulgación pública, especialmente entre los más jóvenes, que favorezcan la presentación sistemática de denuncias, que permitirían aminorar la invisibilidad de muchas de esas conductas, ante la falta de inmediación entre autor y víctima.

6. Uno de los graves problemas que se pueden presentar con la reciente figura del agente informático encubierto, serán las vías a través de la cuales los medios de prueba por él obtenidos puedan ser introducidos en el acto del juicio oral. El nuevo art. 282bis LECr, además, parece dejar fuera la posibilidad de mantener la identidad falsa del agente encubierto en el juicio oral en los supuestos del agente encubierto *on line* del apartado 6º del citado artículo.

7. Habrá que estar atento a las resoluciones de nuestros tribunales para el caso de que el investigado confiese el delito ante el agente encubierto informático toda vez que, como Agente de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no puede ser valorado su testimonio de referencia por los Tribunales a la hora de adoptar una resolución sobre el fondo del asunto (Pleno no Jurisdiccional de la Sala II de 03.06.2015).

*** * * * * ***

Francisco Javier de Lemus Vara
Juez sustituto, Sevilla. Socio FICP.

~Competencia territorial y diligencia de acceso a dispositivos de almacenamiento masivo~

I. PROBLEMAS DE COMPETENCIA TERRITORIAL DERIVADAS DE LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA INTERVENTIVA DE ACCESO A DATOS ALOJADOS EN SERVICIOS EN LA NUBE.

La Constitución española configura desde sus primeros artículos el derecho de los españoles al Juez predeterminado por la Ley como una garantía con la que cuentan los ciudadanos cuentan para proteger sus derechos, siendo esto último un derecho en sí mismo, también reconocido en el mismo rango constitucional, como derecho a la tutela judicial efectiva.[1]

Es decir, los ciudadanos tienen el derecho de poder acudir a la Justicia, y además cuentan con la facultad de exigir de ella una resolución sobre los aspectos que le han sido sometidos en defensa de los intereses particulares, o, como en el caso que nos ocupa dentro del derecho penal sobre el que el derecho procesal se imbrica, en la defensa de los bienes jurídicos más importantes en los casos de ataques más graves. Así, usando las palabras del Tribunal Constitucional, se ha definido el derecho a la tutela judicial efectiva como el "*derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el bien entendido que esa decisión no tiene por qué ser favorable a las peticiones del actor, y que aunque normalmente recaiga sobre el fondo puede ocurrir que no entre en él por diversas razones. Entre ellas se encuentra que el órgano judicial instado no se considere competente. Ello supone que el art. 24.1 no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, tal y como declaran los Autos de 30 de octubre de 1980 y 18 de febrero de 1981*"[2].

Por otro lado, el derecho al Juez predeterminado por la ley significa que el órgano jurisdiccional que deberá conocer del enjuiciamiento de una determinada cuestión, debe

[1] Art. 24 y 117 CE.
[2] STC 19/1981, de 8 de junio.

estar conformado previamente al conocimiento del asunto, tanto desde un punto de vista formal, como desde la determinación de sus funciones y sus competencias. Con ello deben evitarse la creación de órganos de enjuiciamiento precisamente creados con la finalidad de conocer un asunto específico para obtener un determinado pronunciamiento. Se trata así de una garantía para el justiciable en orden a obtener un pronunciamiento libre de cualquier injerencia previa.[3]

Así, siendo el objeto de este estudio el de profundizar en el contexto de la diligencia de intervención de datos contenidos en dispositivos de almacenamiento masivo de datos así como en la consistente en la intervención de un ordenador, cabe interrogarse acerca de la clase de datos que se intenten encontrar por parte de los investigadores. Preguntarnos por ello puede llevarnos a considerar acerca del lugar en que estos datos se pueden encontrar, pues cabe la posibilidad de que no se encuentren descargados en el ordenador o dispositivo de almacenamiento masivo, sino que estos datos se encuentren alojados en un servidor externo al que el usuario (investigado en las actuaciones penales) accede mediante el empleo de los actuales servicios en la nube.

Este extremo, es decir, considerar que los datos a los que se pretende acceder y que constituyen el objeto de la investigación, no están en el dispositivo de almacenamiento ni en el propio ordenador, sino que tales instrumentos se emplean como sistema de acceso al verdadero lugar en el que tales datos, de interés para la causa, puedan encontrarse, nos lleva a formular varias preguntas: si ello afecta a la competencia del órgano jurisdiccional que se encarga de investigar los delitos; en segundo lugar si se ve afectada la competencia territorial; seguidamente si son suficientes las normas procesales de reciente promulgación para poder acordar la medida de intervención y acceso a tales datos con independencia de su verdadera ubicación

En suma, se trata de analizar en este apartado hasta donde se extiende la facultad investigadora del Tribunal y si existe alguna clase de límite objetivo o territorial a la misma que vuelva a poner sobre la mesa la limitación de las facultades del Juez.

I. La competencia objetiva, funcional y territorial.

Con carácter general, la doctrina distingue entre la competencia objetiva, la

[3] DIEZ PICAZO JIMÉNEZ, I. El derecho fundamental al juez predeterminado por la ley. Revista Española de Derecho constitucional. Año 11, nº 31. Enero – abril 1991, p. 76.

competencia funcional y la competencia territorial, siendo todas estas categorías conceptuales que distinguen distintos aspectos relativos a la capacidad del órgano jurisdiccional a los efectos de poder entender del conocimiento de un asunto determinado. La competencia[4] puede venir determinada además de por la materia sobre la que verse el asunto, como categoría central que determina el tipo de órgano que conocería la cuestión, por otros aspectos tales como la fase procesal en que se encuentre el asunto, el lugar en el que acontecieron los hechos, la persona que esté siendo investigada en el asunto (que con carácter excepcional puede atribuir el conocimiento del mismo a un órgano distinto), la clasificación que merece el hecho desde una óptica jurídico penal, etc.

Con ello y centrándonos en el objetivo de este estudio, es imprescindible conocer qué órgano jurisdiccional es el legalmente determinado para investigar los sucesos de naturaleza delictiva, y dentro de esta función llevar a cabo las diligencias necesarias para el completo conocimiento del mismo, la determinación delas personas involucradas en el mismo, etc, conforme se exigiría aplicando el contenido del art. 13 Lecrim.

Para contestar a esta pregunta sencillamente acudiremos, de forma general, a los Juzgados de Instrucción[5], en cuanto que son órganos titulares de la potestad jurisdiccional, y serán los que en la mayor parte de las ocasiones llevarán a cabo estas tareas de investigación de los delitos con pleno respeto y observancia de las garantías legales y de orden constitucional vigentes. Posteriormente una vez concluida toda la investigación, el resultado de la misma será remitido a otro órgano, también con potestad jurisdiccional, que será el que se encargue de dictar una sentencia sobre el fondo.

Estas funciones de investigación comprenden, tal y como se ha aludido, la investigación del conjunto de los hechos delictivos. Ello implica de manera general que dentro de dicha investigación se habrán de esclarecer los hechos con trascendencia jurídico penal, las circunstancias en que acaecieron los mismos, quiénes son sus

[4] GIMENO SENDRA, V. Derecho procesal penal. Colex. Madrid, p. 121.

[5] Ha de advertirse que se realiza la afirmación "con carácter general", si bien no debe olvidarse que además de los Juzgados de Instrucción, con las funciones que vienen determinadas expresamente por parte del art. 87 de la LOPJ, de la existencia de otros Juzgados y tribunales que también quedan configurados como órganos con expresa formulación y previsión legal y que también se encargan de la investigación de los delitos, como lo son la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en las situaciones marcadas por el art. 57.1.2º y 3º de la LOPJ; los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en las funciones atribuidas por parte del art. 73.3 b y 4 de la LOPJ; los juzgados Centrales de Instrucción en la instrucción de delitos que deberá enjuiciar la Audiencia Nacional conforme al art. 88 de la LOPJ; los Juzgados de Violencia sobre la mujer, art. 87 ser a) de la LOPJ, etc.

presuntos responsables, así como las víctimas habidas como consecuencia de tal acción antijurídica, y se delimiten también las posibles consecuencias de naturaleza civil derivadas del hecho, para posteriormente trasladar el resultado de dichas actividades de investigación, siempre realizadas con pleno respeto a los principios de inmediación, contradicción y audiencia de las partes, entre otros derechos fundamentales, al órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento de estos hechos, que será aquél que en cada caso corresponda en estricta aplicación de los mandatos legales[6]

Determinar pues cuál es el órgano al que le corresponde el conocimiento de la investigación de un hecho, implica en primer lugar acudir al concepto de competencia objetiva, entendiendo por tal el conjunto de funciones que vienen legalmente atribuidas por las normas procesales a un determinado órgano jurisdiccional y que por ello determinan el que deberá conocer de un determinado asunto[7]

Ahora bien, una vez que se ha determinado qué clase de órgano jurisdiccional ha de conocer de un determinado asunto, atendida la materia de que el mismo versa, hay que acudir a una nueva determinación que nos lleve a concluir cuál de todos los órganos jurisdiccionales de la misma competencia objetiva debe conocer del asunto ante el que nos encontramos, pues sólo uno de ellos ha de resultar competente para ello.

Es en este segundo estrato de la cuestión donde debemos centrarnos en la competencia territorial.

Sobre este particular aspecto, debe recordarse que resulta esencial el lugar en el que se producen los hechos, el tradicional forum delicti comisi, pues éste es el que determina el Juez instructor que deberá investigarlos (art. 14.2 Lecrim), todo ello complementado con el contenido del artículo 15 que regula los supuestos, cada vez más

[6] En concordancia con lo establecido en la nota anterior, en la que fueron reproducidos los órganos que se encuentran legalmente previstos para la instrucción de las causas penales, se determinan como órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de causas precisamente instruidas por los anteriormente mencionados, los siguientes: Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conforme a la disposición contenida en el art. 57.2º y 3º LOPJ (si bien el acto es realizado por Magistrados distintos a a aquél al que se le encargó la instrucción); sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conforme al art. 65.1º de la LOPJ; las salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas conforme a los arts. 73.3 y 4 de la LOPJ; Juzgados Centrales de lo penal conforme al art. 88 de la LOPJ; las Audiencias provinciales conocen del enjuiciamiento de los delitos expresamente atribuidos por parte del art. 82 LOPJ; los Juzgados de lo Penal conforme se dispone en el art. 89 bis LOPJ. Los Juzgados de Instrucción y de Violencia sobre la mujer también cuentan entre sus funciones las de enjuiciar determinados aspectos previstos en las normas legales tales como los delitos leves, o dictar las sentencias de conformidad fruto de la instrucción de los hechos susceptibles de ser intrusos conforme a las normas de las diligencias urgentes de juicio rápido.

[7] ASENCIO MELLADO, Jose María. Derecho procesal penal. 7º Edición. Ed. Tirant Lo Blanc. Valencia. 2015, p. 16

frecuentes en determinada clase de delitos, en los que el lugar de comisión de los hechos investigados no resulte del todo claro: lugar en el que se hayan encontrado las pruebas de la comisión del delito, lugar de aprehensión del investigado, lugar en el que reside el investigado, o cualquier juzgado o Tribunal que haya tenido conocimiento de los hechos. Debe hacerse también referencia al contenido del art. 18 Lecrim que regula la competencia territorial pero para los casos en que se han cometido delitos conexos regulados en el art 17 de la misma norma[8].

Por último, a fin de finalizar con la categorización más arriba aludida sobre las competencias, resta por aludir a la competencia funcional. Por esta deberemos entender las facultades de resolución de recursos contra decisiones adoptadas por el órgano encargado o bien de la investigación o instrucción de la causa, o bien del que pudiera suscitarse contra el enjuiciamiento y que normalmente cristalizan en los recursos de apelación contra los autos que haya dictado el Juez Instructor, o bien también como más habitual el recurso, también de apelación, que se sustancia en la Audiencia Provincial contra las sentencias que haya dictado el Juez de lo Penal[9]. No debe olvidarse, por más habitual que resulte lo anterior de la interposición del recurso de casación ante el Tribunal Supremo[10]

II. Breve alusión a las modalidades de auxilio judicial.

Se estima necesario hacer una alusión, siquiera brevemente, a las modalidades de auxilio que se contemplan en la Lecrim. Esta necesidad viene motivada por el contenido del presente trabajo, pues, centrándose el contenido del mismo, en la facultad para intervenir datos contenidos en la nube, y siendo posible que los datos alojados en servidores propiedad de las compañías que suministran tales servicios, se encuentren fuera del territorio nacional, se hace necesario para completar la visión del estado de la cuestión, hacer una breve mención al contenido de la Lecrim sobre el particular.

En este aspecto es de recordar la regulación contenida en el Título VIII de la

[8] MUERZA ESPARZA. J. La nueva conexión delictiva. Actualidad jurídica Aranzadi núm. 901/2015. Secc. Opinión. Editorial Aranzadi. Cizur Menor. 2015.

[9] Sobre la competencia funcional en materia penal deberá estarse al contenido de los artículos 57.1.1º LOPJ, acerca del recurso de casación; al contenido del art. 64 bis de la LOPJ sobre las competencias de la sala de apelaciones de la Audiencia Nacional; al contenido del art. 73. 3. c de la LOPJ sobre las facultades en materia de recursos de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas; al contenido del art. 82. 1. 2º de la LOPJ sobre las facultades de resolución de recurso de apelación de la Audiencias Provinciales; al contenido del art.87.1.e) sobre las facultades de resolución de los recursos que atañe conocer al Juzgado de Instrucción sobre las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz.

[10] Acuerdo de Pleno de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016 sobre el contenido del recurso de casación.

Lecrim, en especial, la referencia que se contiene en los artículos 183, 187 y 193 Lecrim. El primero de los preceptos citados es que contiene la referencia general al auxilio que debe prestarse a los órganos jurisdiccionales, el segundo de ellos exige que la forma que se adopte ante la petición de auxilio a órganos que no sean jurisdiccionales adopten la forma de oficio (piénsese en supuestos en que se insta ayuda policial o de otro órden), etc; por último el citado 193 hace alusión a la ayuda judicial prestada por órganos extranjeros, debiendo en este caso ajustarse al contenido de lo que dispongan los tratados internacionales, las normas de la Unión Europea y españolas que resulten de aplicación[11]

II. PROBLEMAS DERIVADOS DE LOS DATOS A INTERVENIR.

Ciertamente, la nueva regulación procesal de las diligencias referentes a la afectación de los derechos contenidos en el art. 18 de la CE ofrece una extensa y profusa cantidad de mecanismos de intervención, a emplear ante situaciones no menos variadas, pero que en todo caso conllevan la posibilidad de acceder a datos que pueden encontrarse dispersos por diferentes sistemas que la tecnología actual hace aptos para albergarlos: ordenadores, teléfonos móviles, tabletas, lápices de memoria, CD, DVD, etc.

El centro del estudio que se presenta descansa en cómo puede afectar la efectiva localización de los datos a intervenir a la competencia territorial del Juez, esto es, si partimos del hecho de considerar que los datos que se pretenden localizar están en el ordenador intervenido, ciertamente no existe duda de la posibilidad de poder acceder a los mismos siempre y cuando concurran las circunstancias que de forma general se exige para ello. En cambio, cabe plantearse también la posibilidad de que los datos a los que se quiere acceder por parte de los investigadores no se encuentren en el ordenador (o en cualquier otro dispositivo de los que hemos mencionado o incluso otro que la

[11] En el ámbito de la Unión Europea hay que acudir al Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea; aunque a partir del 22 de mayo de 2017, será aplicable la Orden Europea de Investigación Penal (Directiva 2014/41/CE) una vez que se haya producido la implementación de dicha Directiva. También resultan de aplicación los instrumentos previstos en términos generales para la cooperación internacional que se encuentran regulados en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea; destacando la Orden Europea de embargo preventivo de bienes o aseguramiento de pruebas en relación con la conservación rápida de datos, así como el Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas. Cuando estemos ante situaciones que son ajenas al ámbito de la UE resultará de aplicación el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23-11- 2001 (ratificado por España BOE 17-9-2010), que a los efectos de este estudio permite solicitar medidas provisionales, remisión de datos, acceso transfronterizo a datos, y obtención en tiempo real tanto de datos asociados al tráfico como del contenido de las comunicaciones.

tecnología permita en el futuro) que se pudiera haber intervenido, sino que este mismo aparato sólo se emplea como llave o puerta de entrada para acceder a la verdadera fuente en el que están dichos datos, por cuanto están alojados en alguno de los servicios en la nube, que con tanta frecuencia se ofertan hoy día por muy diversas compañías[12].

Ciertamente la posibilidad que menciono cobra más cuerpo en las diligencias de intervención de dispositivos de almacenamiento masivo de datos, y en la consistente en la intervención de equipos informáticos, pues es en estas situaciones en las que el acceso a los datos puede verse limitado por la necesidad de tener que acceder a tales ubicaciones situadas en la nube. Es por ello por lo que hemos de analizar si ante esta circunstancia la legislación actual contenida en la LECRIM cuenta con previsión expresa o por el contrario carece de la misma, con lo que la medida acordada en este sentido, podría adolecer incluso de una falta de previsión legal que haría peligrar la validez de la misma, y con ella buena parte de la investigación.

1. Concepto de dato.

Si bien es cierto que, la previsión legislativa contenida el Título VIII de la Lecrim, se refiere a los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE, resulta necesario desgranar cómo han de tratarse a los datos que pudieran ser objeto de investigación. Es decir, partiendo del hecho de que estos datos pueden ser de índole muy diversa, pues no es lo mismo, buscar una factura, unas fotografías, o bien una carta, ya que la primera puede verse afectada por la consideración de ser un simple documento, mientras que la segunda se ve afecta al derecho a la intimidad, y la tercera se ve puesta en relación con el secreto de las comunicaciones, o con el derecho a la intimidad según los casos, es necesario analizar si el legislador ofrece una respuesta unitaria al concepto de dato o no.

Sea como fuere, cabe insistir en que, en el caso que nos ocupa, lo que presenta interés no es de qué dato se trata, si del mismo existe un concepto omnicomprensivo, sino dónde esta este dato, pues la ubicación del mismo puede afectar a la competencia del Juez instructor. En todo caso, además, la ubicación comporta también consecuencias en orden al modo en que se puede acceder a dicho dato, pues al encontrarse en dispositivos electrónicos, debe en todo caso respetarse la normativa que se contiene en el art. 588 bis a) hasta k) con carácter general, además de las específicas al tipo de intervención de que se trate (en nuestro caso los arts. 588 sexies a) hasta c), y el art. 588

[12] Cabe citar a título de ejemplo por ser sobradamente conocidas el servicio DROPBOX de Microsoft, o el servicio de ICLOUD de Apple, entre otros muchos.

septies desde a) hasta c).

Partiendo de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, podemos concluir en que efectivamente el legislador se encamina hacia una consideración omnicomprensiva de los datos, no tanto por su contenido, sino por el empleo de canales de comunicación para su trasmisión. Esta razón es la que justifica que se imponga a los operadores la obligación "de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación", sin distinguir entre una u otra clase. Han de conservarse los "datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas", si bien se "excluye …el contenido de las comunicaciones electrónicas, incluida la información consultada utilizando dicha red". El extenso artículo 3 de la norma contiene una detallada y exhaustiva enumeración de los datos que deben ser objeto de conservación. Con ello se debe preservar el contenido de la comunicación, pero esta es entendida, como veremos, de una forma global, y no sólo empleada como un mecanismo de trasmisión de mensaje entre un emisor y un receptor.

Esta es la idea que subyace en la legislación y la que justifica lo que dispone la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que permite efectuar la interceptación "para cualquier comunicación que tenga como origen o destino el punto de terminación de red o el terminal específico que se determine a partir de la orden de interceptación legal, incluso aunque esté destinada a dispositivo de almacenamiento o procesamiento de la información", es decir, la comunicación existe por el empleo de una red por la que circulan datos y no porque efectivamente estos datos constituyan comunicación en el sentido tradicional del término, lo cual además refuerzo el propio texto legal cuando permite el acceso "para todo tipo de comunicaciones electrónicas, en particular, por su penetración y cobertura, para las que se realicen mediante cualquier modalidad de los servicios de telefonía y de transmisión de datos, se trate de comunicaciones de vídeo, audio, intercambio de mensajes, ficheros o de la transmisión de facsímiles. El acceso facilitado servirá tanto para la supervisión como para la transmisión a los centros de recepción de las interceptaciones de la comunicación electrónica interceptada y la información relativa a la interceptación, y permitirá obtener la señal con la que se realiza la comunicación"[13]. Por último, dicha

[13] Art. 33 de la ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones.

idea omnicomprensiva de lo que debe entenderse por dato concluye con el examen de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que entiende por dicho dato "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

Es por lo anterior, por lo que puede concluirse con sólida base legal, que el concepto de dato que emplea nuestro legislador es amplio, y abarca cualquier clase de información que emplea la persona. De ahí se sigue que si el medio empleado para usar tales datos usa un medio de trasmisión lo convierte en un mecanismo de comunicación y por consiguiente ha de ser protegido por el derecho que se contiene en el art. 18 de la CE.

2. Posible afectación de la competencia territorial en acordar la interceptación.

Constatada la protección constitucional del dato al que se busca acceder por medios electrónicos, con independencia del tipo de dato del que se trate en cada caso, pues por el hecho de haber empleado en su salvaguarda un sistema de comunicaciones, le hace merecer la protección constitucional que le brinda el art. 18 CE, cabe determinar si la competencia de intervención que atribuyen al Juez instructor los arts. 588 bis, y 588 sexies y 588 septies, alcanza a los datos contenidos en servidores situados fuera del territorio nacional.

En este punto resulta destacable la llamada que se desprende del art. 33.7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones que obliga a los agentes obligados a preservar y facilitar la información de los procesos de comunicación a entregar la relativa a "la situación geográfica del terminal o punto de terminación de red origen de la llamada, y de la del destino de la llamada".

Con esto puede concluirse con que deberá ser necesario que los agentes interesados en la intervención de determinados datos expresen en el obligado oficio que han de presentar ante el Juez instructor en el que solicitan la intervención de datos o el acceso a un dispositivo, que en todo caso se informe por estos de la posible ubicación de tales datos, lo que se desprende de la obligación que dimana en aplicación del art. 588 bis b.2.3º in fine. De hecho, la lectura de los arts. 588 sexies c. 3 (en sede de dispositivos de almacenamiento masivo de datos), y 588 septies 2ª) y 3 permiten concluir con que efectivamente cabe la posibilidad de que la ubicación de la información que es objeto de investigación se encuentre en otra parte, lo que conlleva la

obligación de comunicarlo al Juez a los efectos de que por parte del mismo se ordene lo que se estime más apropiado para lograr su acceso en caso de que ello resulte necesario.

Precisamente la ambigüedad y falta de claridad de las normas legales en vigor hasta el año dos mil quince son las que suscitaron y mantuvieron el debate doctrinal acerca de la posibilidad de acceder o no a datos alojados fuera del territorio nacional. Sin embargo, la situación, sigue resultando un tanto difusa, lo que viene propiciado por la gran cantidad de normas concurrentes en materia de datos y su necesaria conjugación con convenios y normas internacionales.

El estado de la cuestión lejos de ser pacífico se distribuía entre los que resultaban partidarios de considerar la validez del acceso a tales datos dondequiera que estén, si se ha ocupado el dispositivo en España y a través de este se puede acceder a la información, y ello porque "*los derechos fundamentales que se tratan de proteger con la persecución del delito no pueden quedar al albur de la ubicación de una compañía de telecomunicaciones extranjera, y más cuando el delito ha producido efectos en España y aquí se ha ocupado el terminal*", siendo partidarios de la necesidad de acudir a los mecanismos de auxilio internacional en los casos en que la información se encuentre alojada en servidor situado fuera de España y no ha sido posible localizar el dispositivo[14].

Por otro lado, otros autores defendían la posibilidad de que se pueda obtener la información que se encuentra alojada en un servidor externo al territorio nacional apoyándose para ello en el Convenio sobre el Cibercrimen y el convenio Europeo en materia de asistencia penal [15], para lo cual se debe acudir a mecanismos de auxilio internacional, incluso aunque fuera posible el acceso a los datos desde el dispositivo, pues le está vedado al Juez Instructor ordenar directamente el acceso a tales datos que se encuentran fuera del territorio nacional.

Sin embargo, la respuesta a la cuestión debería haber sido zanjada por la regulación de la Lecrim sobre el particular, tras la reforma que sobre ella operó la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Ciertamente la lectura de la

[14] VELASCO NUÑEZ, E. Investigación procesal penal en redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas: la prueba tecnológica. Diario la Ley, nº 8183, sección doctrina, 4 de noviembre de 2013. Año XXXIV, ref. D-375. Editorial la Ley. La ley 8334/2013.

[15] ORTIZ PRADILLO, JC. Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica, como parte del libro "El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para probar el delito", edición nº 1. Editorial La Ley, Madrid, Junio 2012. La Ley 7959/2012

exposición de motivos de la Ley parece mucho más proclive a resolver la cuestión cuando pone de manifiesto que el nuevo texto, además de respetar la jurisprudencia emanada del TC y del TS, "confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal", siendo que " el nuevo texto autoriza la intervención de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual". Sin embargo, sí que se podrá objetar que la mera intervención de datos, o de un ordenador, en la búsqueda de datos no relacionados con un proceso de comunicación aunque prevista en la Lecrim, no alcanza a tales espacios virtuales, pues la propia exposición de motivos dice que la resolución judicial debe motivar la razón por la que además de la intervención de comunicación oral la intervención debe abarcar los SMS, MMS o cualquier otra fórmula de comunicación bidireccional. Es decir, se exige una motivación adicional que acoja la intervención de otros sistemas de comunicación "bidireccional" (lo que implica que existan dos agentes activos en el proceso de comunicación), cosa que no sucede en el caso de la mera búsqueda de datos donde no existe tal bidireccionalidad, como en el mero depósito de datos en un entorno virtual ofertado por una empresa suministradora de tales servicios de cloud computing.

Por otro lado esta ambigüedad se extiende a la legislación positiva, pues los arts. arts. 588 bis, y 588 sexies y 588 septies, no posibilitan de manera expresa poder entrar en los servicios de alojamiento de información virtual y mucho menos cuando estos se encuentran fuera del territorio nacional, al menos no lo permiten de forma clara, tajante y expresa, sino que para llegar a una conclusión positiva, que admita dicho acceso a los servicios de alojamiento de datos en la nube, ello debe hacerse mediante una interpretación de la norma que no debería ser admisible en una norma de tan reciente promulgación. La alusión a la virtualidad de la información debería haber suscitado un tratamiento más profundo, que sin embargo debe deducirse de la posibilidad de acceso a esa información sin necesidad de efectuar operaciones de intervención de calado en el dispositivo. Sin embargo, existen autores[16] que consideran que pese a la falta de claridad, nuestra actual legislación permite el acceso a los datos contenidos en el

[16] MARTÍN MARTÍN DE LA ESCALERA, A, M. El registro de almacenamiento masivo de la información. Ponencias de Formación. Jornadas de 27 de abril de 2016 tituladas "La interceptación de las Comunicaciones telefónicas y telemáticas". Texto contenido en el enlace web: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Martín%20Martín%20de%20la%20Escalera,%20Ana%20Mª.pdf?idFile=bf66c357-e4d4-4701-8a4d-83d6c103ebe5, p . 21.

dispositivo de almacenamiento, y también a los repositorios de datos en los que pudieran ubicarse. Así lo estiman aplicando el art. 588 sexies c. Sin embargo, sólo lo estiman aplicable en los casos en que se dispone del dispositivo, y manipulando normalmente el mismo, sin necesidad de realizar ninguna operación adicional que permita acceder a dicho servicio de alojamiento de datos en la nube, o bien, necesitado de dicho acceso, se conozca el nombre de usuario y contraseñas necesarios para acceder será cuando ello pueda llevarse a cabo sin que se vea afectada la competencia del juez. En cambio, en los casos en que no se conozcan estos elementos que permitan el acceso sin necesidad de realizar mayores operaciones de acceso, si que se haría necesario tener que acudir a mecanismos de ayuda internacional, con el fin de acceder a dichos datos. Por consiguiente, sólo en este último supuesto el auto habilitante para la intervención o el acceso al dispositivo no sería suficiente para poder entrar al mismo sino que se necesita auxilio judicial internacional.

Ciertamente hasta la fecha no se encuentra resolución del Tribunal Supremo que resuelva la cuestión, o haya efectuado un análisis más profuso de la misma. Por el contrario, ello contrasta con resoluciones dictadas por otros órganos jurisdiccionales en los que se se acuerda la medida de intervención incluso en espacios virtuales, echándose en falta una mayor especificidad en la medida interventiva dentro de éstos[17]

III. CONCLUSIONES

1.- La nueva regulación de la intervención de datos contempla de forma difusa la ubicación territorial de los datos.

2.- La ubicación de los datos, cuando estando situados en servidores propiedad de empresas suministradoras de servicios de cloud computing que se encuentran fuera del territorio español, puede afectar a la competencia del Juez instructor para acceder a los mismos, con lo que el oficio de solicitud deberá advertir de la posible ubicación de los datos para que el auto de intervención contemple lo que resulte más adecuado.

3.-Es posible el acceso a datos situados en la nube, sin que ello afecte a la competencia territorial del Juez de instrucción, siempre que para acceder a los datos no

[17] Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª, de fechas 1 y 16 de marzo de 2017, con números 214/2017 y 251/2017. Ponentes: Doña Elena Guindulain Oliveros y Don José María Assalit Vives. En ambos autos se ordena la descarga de la información contenida en la nube en el ordenador del investigado y desde ahí se ejecute su volcado, sin que se plantee por parte del órgano instructor, ni por el Juzgado ad quem las cuestiones referidas a la ubicación de tales datos, o que sea necesario para efectuar dicho acceso, la inclusión de usuario y contraseña o no lo sea.

sea necesario efectuar una concreta operación de acceso a tales datos más allá que el encender el ordenador o dispositivo intervenido.

3.- Siempre que para acceder a estos datos no baste con el simple acceso, sino que sea necesaria una manipulación, así como el acto de recabar el usuario o la contraseña será necesario acudir a fórmulas de auxilio judicial o cooperación internacional.

*** * * * * ***

Francisco José Malfeito Natividad
Abogado Fiscal Sustituto Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Socio FICP.

~Las medidas de seguridad en el Código Penal~

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas de seguridad se encuentran contempladas en nuestro Código Penal en sus artículos 95 a 108. En el Título IV del Libro Primero del Código Penal y establecido por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, se introduce una nueva medida de seguridad no privativa de libertad, denominada libertad vigilada regulada en el artículo 106 del Código Penal, la cual resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador lo haya establecido de manera expresa. Consiste en un control posterior a la prisión para los delincuentes sexuales y terroristas, que se impondrá en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, concretándose en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente. Debemos de tener en cuenta el artículo 6.1 del CP, pues para el establecimiento de las medidas de seguridad se tiene en cuenta la peligrosidad del sujeto, en la comisión de un hecho delictivo. Así, las medidas de seguridad no se fundamentan en el principio de culpabilidad, sino en la peligrosidad del autor del hecho punible, y en la probabilidad de que pueda cometer nuevos delitos[1].

[1] Artículo 6. [Medidas de seguridad]. 1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor

II. LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

En el Capítulo II del Código Penal se regulan la aplicación de las medidas de seguridad, regulando en su Sección 1ª las medidas privativas de libertad, en los arts. 101 a 104 del Código Penal.

El art. 101 del Código Penal regula las medidas aplicables para el inimputable conforme el art. 20.1 del Código Penal, estableciendo que se podrá aplicar la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, no pudiendo exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad[2].

El art. 102 del Código Penal regula las medidas para el inimputable conforme el art. 20.2 del Código Penal, estableciendo que a los exentos de responsabilidad penal, se les aplicará si fuera necesaria la medida de internamiento en centro de deshabituación público, privado debidamente acreditado, no pudiendo exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad impuesta[3].

El art. 103 del Código Penal regula las medidas para el inimputable conforme al art. 20.3 del Código Penal, se le podrá aplicar las medidas de internamiento en un centro educativo especial, no pudiendo exceder la medida del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad[4].

---

[2] De la aplicación de las medidas de seguridad. Sección 1ª. De las medidas privativas de libertad. Artículo 101. [Para el inimputable conforme al artículo 20.1ª]. 1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código

[3] Artículo 102. [Para el inimputable conforme al artículo 20.2ª] 1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2º del artículo 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabituación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

[4] Artículo 103. [Para el inimputable conforme al artículo 20.3ª] 1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3º del artículo 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado tercero del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena

El art. 104 del Código Penal regula al semiimputable conforme el art. 20.1ª, 2ª o 3ª, estableciendo que el Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. La medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito[5].

III. LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

En el Capítulo II del Código Penal, se regulan la aplicación de las medidas de seguridad, regulando en su Sección 2ª las medidas no privativas de libertad, en los artículos 105 a 108 del Código Penal.

El art. 105 del Código Penal regula los supuestos y tipos de medidas, estableciendo que cuando se imponga la pena privativa de libertad, se podrá imponer una o varias medidas, diferenciando entre aquellas que se establecen por un tiempo no superior a cinco años, y que son la libertad vigilada, y la custodia familiar, y aquellas otras que se imponen por un tiempo de hasta diez años, y que son la libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga el Código Penal, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, para la imposición de tales medidas, el Tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad[6].

---

privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código. 3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 98 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza

[5] Artículo 104. [Para el semiinimputable conforme al artículo 20.1ª, 2ª o 3ª] 1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99. 2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código

[6] Capitulo II. Sección 2ª. De las medidas no privativas de libertad. Artículo 105. [Supuestos y tipos de medidas]. En los casos previstos en los artículos 101 a 104 , cuando imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, el Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente una o varias medidas que se enumeran a continuación. Deberá asimismo imponer alguna o algunas de dichas medidas en los demás casos expresamente previstos en este Código. 1. Por un tiempo no superior a cinco años: a) Libertad vigilada. b) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de

El art. 106 regula la libertad vigilada que consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de alguna o algunas medidas, como pueden ser estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos, la obligación de presentarse ante el Juez, la de comunicar el cambio de lugar de residencia o puesto de trabajo, la prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin autorización del Juez, la prohibición de aproximarse a la víctima o sus familiares, de comunicarse, de acudir a determinados territorios, de residir en determinados lugares, de desempeñar determinadas actividades, la obligación de participar en programas formativos, de seguir tratamiento médico externo, debiendo imponer el Juez en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código[7].

Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado. 2. Por un tiempo de hasta diez años: a) Libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga este Código. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. c) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, así como para concretar dicha obligación cuando por ley viene obligado a imponerlas, el Juez o Tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad. El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al Juez o Tribunal sentenciador. En los casos previstos en este artículo, el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad

[7] Artículo 106. [Libertad vigilada]. 1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal. e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. h) La prohibición de residir en determinados lugares. i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código. En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado. Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas. Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el

El art. 107 regula la inhabilitación para el ejercicio de un determinado derecho, profesión, oficio, industria, comercio, cargo o empleo, cuando exista abuso de dicho ejercicio, el Juez o Tribunal podrá decretar la medida de inhabilitación para el ejercicio de los anteriores derechos, cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes[8].

El art 108 regula la expulsión del extranjero no residente en España, estableciendo que el juez o tribunal acordará en la sentencia, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España[9] (9).

IV. CONCLUSIONES.

Las medidas de seguridad conforme el art. 95 del Código Penal, se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo II, arts. 105 a 108 del Código Penal, siempre que: 1ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

---

apartado siguiente.3. Por el mismo procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá: a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas. b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción .c) Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo

[8] Artículo 107. [Inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, ... cuando exista abuso de dicho ejercicio]. El Juez o Tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20

[9] Artículo 108. [Expulsión del extranjero no residente en España]. 1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión. 3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad

Conforme establece el art. 96 del Código Penal, las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

Son medidas privativas de libertad: 1ª El internamiento en centro psiquiátrico. 2ª El internamiento en centro de deshabituación. 3ª El internamiento en centro educativo especial.

Son medidas no privativas de libertad: 1ª) La inhabilitación profesional. 2ª) La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. 3ª) La libertad vigilada. 4ª) La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado. 5ª) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. 6ª) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

El artículo 97 regula la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador podrá, decretar el cese, la sustitución o la suspensión de una medida de seguridad, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria a que se refiere el artículo 98, y que hace referencia a la valoración de informes de facultativos y profesionales. Ese artículo 97 CP está pensado para modificar determinadas medidas de seguridad o sustituirlas, según la evolución del penado, por otras medidas de distinta naturaleza. El artículo 99 regula la concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, estableciendo que en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar al reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 100 del Código Penal. El juez o tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento, es decir, deducirá testimonio de los particulares oportunos y los remitirá bien al Ministerio Fiscal bien al Juzgado de instrucción encargado de la investigación sumarial, y ello por si hubiera cometido un nuevo delito del art. 468 CP, lo que, a su vez, exigiría un nuevo procedimiento penal y, por supuesto, nueva condena firme sobre dicho quebrantamiento de medida de seguridad. A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá

acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.

Las medidas de seguridad son los métodos que se utilizan respecto a sujetos que han cometido un hecho punible, para obtener su resocialización o, en último extremo, para mantenerlos aislados, a fin de que no causen perjuicios a la convivencia ciudadana.

Las medidas de seguridad pueden definirse como las sanciones impuestas a una persona física por su peligrosidad delictiva o criminal por la comisión de un hecho delictivo, para la prevención de delitos.

El art. 25.2 de la Constitución Española dice que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados, pudiendo decir que las medidas de seguridad tienen como fin la prevención en los delincuentes peligrosos, en los que existe una gran probabilidad de que puedan volver a delinquir, y con ellas se trata de evitar el que vuelvan a ser reincidentes en dichos delitos.

* * * * * *

Diego Martín Fernández

Abogado en Rodrigo Abogados, Toledo. Socio FICP.

~La posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena al mediar petición de indulto~

Resumen.- Efectuaremos por medio de la presente ponencia un breve estudio relacionado con la posibilidad de suspender la ejecución de la pena dictada en sentencia, de mediar petición de indulto, así como los requisitos que se han de cumplir para que proceda tal suspensión. Extremo que, como veremos, supone una excepción al principio de ejecución inmediata de las sentencias, de conformidad a lo establecido en la normativa procesal penal, y que tiene su fundamento en no hacer de la petición de indulto una finalidad ilusoria, así como en que no se vea vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Palabras Clave.- Indulto – suspensión – pena – dilaciones – finalidad – ejecución – gracia - cumplimiento

I. INTRODUCCIÓN.

A pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal[1], en su artículo 988, establece que cuando una sentencia sea firme se procederá a su ejecución y que el propio artículo 32 de la Ley de reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto[2], viene a manifestar que la solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria; lo cierto y verdad es que, frente a lo anterior, el artículo 4.4 del Código Penal[3] ha venido a establecer una excepción a tal regla, al exponer la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena, de mediar petición de indulto, si la ejecución de la sentencia pudiese hacer ilusoria la finalidad del indulto, así como si fruto de tal petición pudiese resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En tal sentido, se hace preciso, a fin de estudiar tal posibilidad de suspensión de ejecución de la pena, observar aquellos requisitos que, en relación a la petición de indulto, vienen establecidos en la ley que lo regula[4]. Igualmente, y con posterioridad a lo anterior, se habrá de establecer el cumplimiento de los requisitos que manifiesta el propio artículo 4.4 del Código Penal, para que pueda proceder tal beneficio.

---

[1] Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Gaceta*, 17 de septiembre de 1882.

[2] Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, *Gaceta*, 24 de junio de 1870.

[3] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

[4] Norma anacrónica, anterior incluso al propio dictado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, a pesar de contar con una exquisita redacción, extremo que se hace patente en su exposición de motivos, contempla supuestos a los que no ha lugar en el día de hoy, como los supuestos de petición de indulto ante las penas de muerte.

Y todo lo anterior, sin perder de vista que si el indulto es una excepción, o Gracia, a la obligación de ejecución de las Sentencias Penales, la suspensión de la ejecución durante la tramitación del mismo se ha de entender como una excepción duplicada, ya que no debemos olvidar que, conforme ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, en un Estado de Derecho las sentencias claman por ser cumplidas como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial[5]. Por lo que se hace necesario fundar debidamente tal suspensión, con base en que de no procederse a la misma, el indulto perdería su finalidad, y poner tal petición en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a fin de que se pueda proceder a la concesión de tal beneficio, que supone una excepción al principio anteriormente indicado.

II. DEL INDULTO.

Actualmente, se establece en el artículo 62.i de la Constitución Española, que la Gracia de Indulto corresponde al Rey, que no podrá autorizar indultos generales. Si bien, y aunque sea competencia del Monarca, su concesión se efectúa mediante Real Decreto que a tal fin apruebe el Consejo de Ministros.

En cuanto a la definición del término, la Real Academia Española de la Lengua, lo define como Gracia por la cual se remite o conmuta una pena.

A tal respecto, y de conformidad a la Ley que regula la Gracia, podrán ser indultados los reos de toda clase de delitos, salvo los procesados que aún no hubiesen sido condenados por sentencia firme, los que no estuviesen a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena impuesta y los reincidentes. Con la excepción a que se hace mención en el artículo 3 de tal texto legal.

Indulto que puede ser total o parcial, según se acuerde la remisión de todas las penas impuestas y que aún no se hubiesen cumplido o, por el contrario, solamente de alguna o algunas de las impuestas, o de parte de algunas o todas.

Se trata, en definitiva, y como sostiene GARCÍA SEDANO, de una intervención o injerencia del poder ejecutivo dentro del ámbito de las competencias que son propias del

[5] Véanse en tal Sentido, Autos del Tribunal Constitucional 120/1993 [RTC 1993\120 AUTO], 198/1995 [RTC 1995\198 AUTO] y 199/1995 [RTC 1995\199AUTO], entre otros.

poder judicial[6]. En suma, se trata de una reminiscencia del absolutismo de muy difícil justificación en un Estado de Derecho como el que nos encontramos[7].

Derecho de Gracia que, en determinados supuestos, se ha convertido en una tercera instancia penal, tal y como sostiene MAGRO SERVET[8], a fin de intentar lograr tanto una dilación en la efectiva ejecución de la Sentencia, como un pronunciamiento que no se ha obtenido fruto de la recta aplicación del Derecho que se haya llevado a cabo por los distintos órganos jurisdiccionales que hayan conocido en primera y segunda instancia del mismo.

Extremos, los anteriores, que suponen una desnaturalización de la institución del indulto, porque, en la actualidad, y encontrándonos en un Estado de Derecho, no se entiende la procedencia del indulto, sino como expresión del principio de humanidad, llevado a corregir supuestos de desproporcionalidad entre el hecho y la culpabilidad, tal y como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo y, acertadamente, indica GARCÍA SEDANO[9]. Esto es, una excepcionalidad cuya finalidad es proveer situaciones que, también, resultan excepcionales[10].

III. DE LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL INDULTO.

Como se ha dicho anteriormente, y a pesar de que el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sostiene que una vez firme la Sentencia se ha de proceder a ejecutar lo juzgado, lo cierto y verdad es que la solicitud de indulto puede suponer, en determinados supuestos, la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, durante la tramitación de la medida de Gracia.

Extremo, el anterior, que choca frontalmente, incluso, con lo dispuesto en la propia Ley reguladora del Indulto; concretamente su artículo 32, que establece que la solicitud de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria; pero que encuentra su fundamento legal en el artículo 4.4 del Código Penal, en el que se establece la posibilidad de suspender la ejecución de la Sentencia si, mediando petición

[6] Véase GARCÍA SEDANO, T. El Indulto, en La Ley Penal, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2015, p. 2.

[7] A tal efecto, sostiene la autora indicada, supone una injerencia del poder ejecutivo en el judicial que choca frontalmente con la facultad del poder judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, previsto en el artículo 117 de la Constitución Española y en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

[8] Véase, MAGRO SERVET, V. La petición de suspensión de ejecución de la pena por tramitación de indulto, en La Ley Penal, Sección Práctica Penal, Ed. La Ley, Madrid, 2007, p. 1.

[9] Véase GARCÍA SEDANO, T La Ley Penal, 2015, p. 3.

[10] STS de 20 de noviembre de 2013.

de indulto, se apreciase que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o si, de ser ejecutada, la finalidad del indulto pudiese resultar ilusoria.

Por tanto, y fruto de lo anteriormente expuesto, una vez solicitado el indulto de la pena impuesta al condenado, se puede interesar, la suspensión de la ejecución de la condena, con base en el precepto indicado, debiendo fundar, eso sí, los requisitos a que se hace mención en el mismo y que serán desarrollados en el presente documento.

Requisitos, los del artículo 4.4 del Código Penal, que se han de ver complementados con aquellos extremos a que se hace mención en la Consulta 1/1994 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena[11], y que nos harán deber tener en consideración, también, aun cuando sea de forma aproximada, las posibilidades que tiene el indulto interesado de prosperar. De tal forma que haya que estar, también, al tiempo transcurrido desde la comisión del delito, la existencia, o no, de dilaciones indebidas no imputables al penado; su rehabilitación; la satisfacción de las responsabilidades civiles; así como si se trata de una primera petición o no, y la clase y duración de la pena impuesta.

Pero, volviendo de nuevo al citado artículo 4.4 del Código Penal, habremos de poner de manifiesto que su finalidad, al facultar la posibilidad de suspender la ejecución de la pena, no es otra que la de asegurar, en su caso, el indulto, de tal forma que no pueda resultar inútil su concesión. Sin que debamos olvidar, tampoco, que, cuando nos referimos a tal posibilidad, relativa a no hacer ilusorio el indulto[12], no se trata sino de una facultad discrecional del juez, aunque deba ser fundada en los requisitos a que hemos hecho mención[13]. Mientras que la suspensión será preceptiva en el otro supuesto, esto es, cuando del cumplimiento de la pena pueda resultar vulnerado, en la forma que

[11] Consulta FGE 1/1994, de 19 de julio, sobre la posibilidad de suspensión del inicio de la ejecución de condenas penales ante una solicitud de indulto. *"la procedencia o no de suspender la ejecución de la pena ante una petición de indulto deberá decidirse caso por caso tomando en consideración una valoración provisional sobre la prosperabilidad de la petición y los perjuicios que podrían derivarse de no suspenderse la ejecución. Más en concreto, deberán ponderarse, entre otros, los siguientes factores: tiempo transcurrido desde la comisión del delito; existencia de dilaciones indebidas no imputables al penado; efectiva rehabilitación del mismo; satisfacción de las responsabilidades civiles; si se trata de una primera petición o de la reiteración de otra ya denegada y la clase y duración de la pena impuesta."*

[12] RODRÍGUEZ RAMOS, L./RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G./RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J./COLINA OQUENDO, P., Código Penal, concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, La Ley, Madrid, 2015, pp.162 y 163.

[13] AMADEO GADEA, S., Código Penal. Doctrina jurisprudencial y comentarios, Factum Libri Ediciones, Madrid, 2015, p. 28.

se expresa en el primer párrafo del artículo 4.4 del Código Penal, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas[14]; las cuales podrán ser apreciadas, tanto en la tramitación del procedimiento como en la correspondiente fase de ejecución[15].

Por tanto, y una vez lo expuesto, procederemos a realizar un breve análisis jurisprudencial en relación a que entiende por la Jurisprudencia, en la práctica, por uno y otro supuesto. Esto es, cuando se dan o no los requisitos para que proceda la suspensión que se interese fruto de la solicitud del indulto.

Así, y en cuanto al supuesto relativo a no hacer ilusoria la petición de indulto, determinadas Audiencias Provinciales vienen a sostener que procederá la suspensión cuando nos encontremos en casos en los que la pena de prisión impuesta no sea superior a los tres años de duración[16]; si bien, tal pronunciamiento no resulta unánime en la jurisprudencia menor, por cuanto otras audiencias provinciales vienen a entender que procederá cuando se trate de una pena de duración inferior al año[17]. Vemos pues, que, parte de la Jurisprudencia menor automatiza la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena en el plazo de ésta, de tal forma que suspenderán o no, dependiendo de éste y del criterio que a tal respecto tengan fijado con anterioridad. Pues entienden que de lo contrario se haría inviable la finalidad del indulto[18].

No obstante, y tal y como se establece en el auto del Juzgado de lo Penal de Guadalajara, de fecha 27 de diciembre de 2016, que realiza un amplio estudio en relación a la facultad de suspensión de la ejecución de la pena, con cita, entre otras, de algunas de las resoluciones aquí indicadas; otras Audiencias Provinciales, sin embargo, basan esa potestad de suspensión de la pena en las posibilidades que a priori puede tener de prosperar el indulto que ha sido solicitado, tal y como se pone de manifiesto en la Consulta de la Fiscalía General del Estado anteriormente citada.

---

[14] MELÓN MUÑOZ, A. (DIR), Memento práctico. Procesal Penal, Ed: Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 589.

[15] MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando en Alcácer Gruiao, Rafael/Alonso Gallo, Jaime /otros, Memento práctico. Penal, Ed: Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 619.

[16] En tal sentido, AAP de Cantabria, de 21 de diciembre de 2015: *"De hecho, es de aplicación el criterio que, respecto de penas de prisión, sigue esta Audiencia Provincial en pleno cuando se postula su suspensión por petición de indulto: el límite son los tres años, por lo que siendo la pena inferior a tres años, se accede a la suspensión, mientras que si es superior, no se concede"*.

[17] En tal sentido, AAP de Guadalajara, de 9 de junio de 2001 y de 24 de mayo de 2017: "*Solo circunstancias excepcionales, pues, permiten la suspensión por el motivo que nos ocupa, cuales son que de ejecutarse la sentencia, la concesión del indulto resulte inútil, o, en los términos utilizados por nuestro código, ilusorio, constituyendo uno de los supuestos en los que la jurisprudencia ha entendido que acontecía, cuando de penas de una duración inferior al año se trataba*".

[18] AAP de Madrid, de 23 de mayo de 2005.

Si bien, y sin perjuicio de lo anterior, que resulta potestativo, en todo caso la jurisprudencia viene asumiendo imperativamente la suspensión de la ejecución en aquellos supuestos en los que se ha establecido previa y fundadamente una vulneración del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, ya que éste extremo no resulta imputable al penado y tiene gran incidencia en los fines preventivos, general y especial, de la pena[19]. Dilaciones que, también, pueden ser apreciadas durante la fase de ejecución de la Sentencia, sin que tenga que ser necesariamente durante el plazo de tramitación de la causa[20].

En suma, y tal y como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, solamente en muy concretos y especiales supuestos habrá de proceder la suspensión de la ejecución de la condena impuesta[21].

IV. CONCLUSIONES

Fruto de cuanto ha sido expuesto a lo largo de la presente ponencia, podremos concluir que la regla general, aun mediando petición de indulto, es la de no suspensión de la ejecución de las penas impuestas en sentencia firme, siendo procedente cumplir y hacer cumplir lo juzgado, tal y como se deduce de la Constitución Española, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la propia Ley reguladora de la Gracia de Indulto.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, sí existe posibilidad de suspender la ejecución de la Sentencia firme, durante la tramitación del indulto, en determinados supuestos, que son aquellos a los que se ha hecho referencia a lo largo del presente estudio:

- En primer lugar, la suspensión de la ejecución de la condena durante la tramitación del indulto procederá, en todo caso, cuando se haya establecido

[19] En tal sentido, AAP de Pamplona, de 29 de enero de 2016: *"se vincula al Tribunal a suspenderla si en resolución previa y fundada ha apreciado una posible vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas durante la tramitación del proceso la cual, por no ser imputable al condenado, haría decaer los fines de prevención general y especial asignados a la pena y a su cumplimiento, otorgando operabilidad a la concesión del indulto como remedio político de justicia material en la línea de la doctrina del Tribunal Constitucional asentada sobre aquél derecho fundamental"*

[20] ATS, de 14 de mayo de 1994.

[21] ATS, de 22 de septiembre de 1998: *"…el principio general en la materia es el que deriva del interés público que reclama el que las resoluciones judiciales de carácter firme se cumplan y también, claro es, las condenas penales de tal condición…. esa facultad de suspensión de la ejecución que al Juez o Tribunal concede el párrafo último del artículo 4.4 del Código Penal sólo podrá ser utilizada en casos muy concretos cuando las especiales circunstancias concurrentes así lo exijan de modo evidente…"*

vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Extremo, éste, que se puede dar tanto en la fase de ejecución como en la de tramitación de la causa.

- En segundo lugar, se faculta a los jueces a fin de que, fundadamente, otorguen o no, la suspensión de la ejecución de la pena en aquellos supuestos en que el cumplimiento de la misma pudiese hacer irrisoria la concesión del indulto. En tal sentido, las distintas Audiencias Provinciales vienen estableciendo que procederá la suspensión en supuestos en que la pena pueda ser inferior a determinados plazos, los cuales oscilan entre uno y tres años dependiendo del criterio de las distintas audiencias provinciales.
- Finalmente, se podrá tener en cuenta, también, a la hora de proceder o no a otorgar la suspensión de la ejecución durante la tramitación del indulto, a las posibilidades que, a priori, ofrece el indulto de ser otorgado y, en su caso, de que forma; si total o parcial.

Debiendo destacar que, en cualquier caso, no debemos olvidar que la institución del indulto, muy criticada en la actualidad por cuanto resulta una figura de difícil encaje en nuestro Estado de Derecho, se ha de entender como una herramienta destinada a proveer situaciones excepcionales, sin que se deba admitir que la misma se configure como una suerte de tercera instancia penal que sea utilizada para la demora en la ejecución del fallo.

BIBLIOGRAFÍA

AMADEO GADEA, S., Código penal. Doctrina jurisprudencial y comentarios, Factum Libri Ediciones, Madrid, 2015.

GARCÍA SEDANO, T. El Indulto, en La Ley Penal, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2015.

MAGRO SERVET, V. La petición de suspensión de ejecución de la pena por tramitación de indulto, en La Ley Penal, Sección Práctica Penal, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

MELÓN MUÑOZ, A. (dir.), Memento práctico. Procesal Penal, Ed: Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando en Alcácer Gruiao, Rafael, Alonso Gallo, Jaime Y otros, Memento práctico. Penal, Ed: Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

Rodríguez Ramos, L.; Rodríguez-Ramos Ladaria, G.; Rodríguez De Miguel Ramos, J. / Colina Oquendo, P., Código Penal, concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias", La Ley, Madrid, 2015.

JURISPRUDENCIA

Auto del Tribunal Constitucional 120/1993

Auto del Tribunal Constitucional 198/1995

Auto del Tribunal Constitucional 199/1995

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013

Auto del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 1998

Auto del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1994

Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 24 de mayo de 2017

Auto de la Audiencia Provincial de Pamplona, de 29 de enero de 2016

Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 21 de diciembre de 2015

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de mayo de 2005

Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 9 de junio de 2001

* * * * * *

Dr. José M.ª Nacarino Lorente

Abogado del Estado sustituto en Valencia. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Socio FICP.

~Duración de la detención: aspectos procesales prácticos~

Sumario.- I. Introducción. II. Tipos de detención. 1. Detención por particulares. 2. Detención policial. 3. Detención judicial. III. Duración de la detención. IV. Conclusiones. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional denomina detención a *"cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar por su propia voluntad una conducta lícita […]"* [1] Del mismo modo, ha señalado el TC que *"la detención es algo fáctico y que no hay zonas intermedias entre detención y libertad"*, si bien matizando que *"una privación de libertad momentánea (para la práctica de la llamada prueba de alcoholemia) no constituye detención"*. [2] En el mismo sentido apuntado, la figura jurídica de la detención que ahora analizamos, ha sido definida por MONTERO AROCA [3] como *"una medida precautelar personal que consiste en la privación breve de libertad, limitada temporalmente, con el fin de poner al sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver atendidas las condiciones legales, acerca de su situación personal"*, lo que podrá derivar en su puesta en libertad o mantener su privación de libertad a través de la figura de la prisión provisional. Así mismo se trata de una medida precautelar, continúa señalando el autor, puesto que dicha medida se encuentra *"en conexión con la previsible comisión de un delito y, por ende, con la existencia de una causa penal y de una medida cautelar"*.

En este mismo sentido se ha definido la detención por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial [4] que la conceptúa como aquella diligencia derivada de la comisión de los hechos delictivos que se investigan, diferenciándola de otras

[1] Vid. STC 98/1986, de 10 de julio.

[2] Tal y como refiere la STC 341/1993 , *"no se consideran detención, en sentido legal, las privaciones de libertad deambulatoria inherentes a las diligencias de cacheo e identificación de un sospechoso, como tampoco, la diligencia de examen radiológico o los controles de alcoholemia, siempre, claro está, que tales diligencias se practiquen en legal forma, con las debidas cautelas, respetando los principios de necesidad y de proporcionalidad"*. En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 103/1985 y 107/1985, y asimismo la STS de 26 de mayo de 2008.

[3] MONTERO AROCA, J.M. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. / ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. Editorial Tirant lo Blanch. 23ª edición. Valencia, 2015, p. 270.

[4] Acuerdo de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial de 3 de abril de 2017, por el que se aprueba el Manual "Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial", p. 41.

privaciones de libertad que se hallan recogidas en otras disposiciones legales distintas a la LECrim, como por ejemplo la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, etc.

La detención guarda una inexcusable ligazón con el derecho fundamental que se ve lesionado con su práctica que no es otro que la libertad personal consagrada en el artículo 17 CE, siendo uno de sus aspectos esenciales la libertad ambulatoria o de movimientos,[5] aunque como se ha señalado por algunos autores, a veces se ha confundido con la libertad de circulación del artículo 19 CE. [6]

El derecho a la libertad viene establecido también en el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977, y constituye así mismo un valor superior del ordenamiento jurídico establecido en el artículo 1 de la Constitución Española.

Tal y como ha recordado el Tribunal Supremo, *"la privación de libertad solo puede ser procedente cuando se ampare en un título legalmente establecido (arts. 5 y 8 CEDH)"*[7], que en nuestro ordenamiento jurídico tiene su piedra angular en el artículo 17 de la Constitución Española ya mencionado, cuya redacción ofrece los pilares básicos de este derecho y, especialmente, de la forma en que puede ser violentado. Su tenor literal, al que añadiré brevemente algunos comentarios, es el siguiente:

> "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley".

Queda de esta forma consagrado del derecho fundamental a la libertad, exigiendo que su privación sea regulada en la propia Carta Magna y por Ley [8], sin dejar su restricción a otro tipo de normas de menor jerarquía. De hecho, la norma que regula los casos y la forma en la que se puede privar de libertad a un ciudadano es, principalmente y para el caso que nos ocupa, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 490,

[5] Tal y como se señala en la Instrucción 3/2009 de la FGE sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención.

[6] CARRETERO SÁNCHEZ, A., El verdadero sentido de la detención penal. Diario La Ley, nº 6834, 2007, p.1

[7] STS de 22 de julio de 2010.

[8] En el mismo sentido el artículo 489 de la LeCrim señala que: *"Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban".*

como facultad para los particulares, y los artículos 490 y 492 de dicho texto, como obligación para los componentes de Policía Judicial. [9]

> "2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial".

Tal y como han señalado algunos autores, la Constitución Española establece en este apartado dos plazos de detención, uno relativo referido al tiempo mínimo imprescindible para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y otro absoluto que no puede ser sobrepasado y que se sitúa en setenta y dos horas, aunque, como veremos, sí que podría prolongarse otras cuarenta y ocho horas más en supuestos de detenidos integrantes de bandas armadas o elementos terroristas.

> "3. Toda persona debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca"

Se trata de los derechos considerados básicos que debe tener toda persona privada de libertad, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal recogía asimismo otros muchos en el artículo 520 de dicho texto legal, que conformaban el conjunto de derechos de toda persona detenida, y que por Ley Orgánica13/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LECrim fueron ampliados profusamente, incorporando algunos preceptos novedosos por exigencias europeas. Actualmente los derechos del detenido se encuentran recogidos en los artículos 520 a 527 de la LECrim.

> "4. La ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional".

Queda así recogido el derecho a que la legalidad de la detención sea revisada por la autoridad judicial mediante un procedimiento preferente y sumario regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de Habeas Corpus.

Por otro lado, fija este precepto el límite máximo de duración de la prisión provisional cuyo procedimiento queda disciplinado en los artículos 502 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[9] Según se recoge en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de FCS y en el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, en desarrollo del artículo 126 de la CE, constituyen la Policía Judicial en sentido genérico todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto de ámbito estatal, autonómico y local.

Por lo que aquí interesa, y no obstante la claridad aparente del apartado 2 del artículo 17 de la CE transcrito, que fija el límite máximo de detención en 72 horas, no existe consenso en concretar cuánto tiempo puede durar la privación de libertad de una persona bien sea practicada por un particular, se trate de un arresto policial, o bien de una detención judicial, al encontrarnos ante una regulación incierta y contradictoria.

En el presente trabajo intentaré analizar la problemática existente en relación al plazo legal de detención, exponiendo las diversas posturas existentes al respecto y las soluciones que se han adoptado.

II. TIPOS DE DETENCIÓN

Como punto de partida, y retomando la idea expuesta al inicio de este estudio, referida a que la detención es una medida precautelar personal, la doctrina [10] ha señalado los requisitos que deben concurrir para que dicha medida pueda producirse, que son los siguientes:

-*Periculum in mora*, o peligro en la demora. Se va a dar un daño jurídico como consecuencia de la duración del proceso penal, para evitar que se frustre la ejecución de una condena o el peligro que desaparezca el sujeto o sus bienes.

-*Fumus Boni iuris* o apariencia de buen derecho, que supone la probabilidad de que existe un hecho delictivo y que ha sido cometido por un sujeto.

Estos fundamentos deben interpretarse con observancia del principio de proporcionalidad, juicio razonable que realiza el juez sobre las medidas que se van a dar, que tiene que ser proporcional a la finalidad perseguida, dado que una medida desproporcionada o irrazonable, como ha señalado el TC de forma constante, no será propiamente cautelar sino una medida punitiva en cuanto al exceso.

Al mismo tiempo, y a mayor abundamiento, no hay que olvidar que, según los casos, la detención puede practicarse en diferentes momentos procesales, y así, puede producirse sin que exista causa pendiente contra el detenido (arts. 490.1 y 2 y 492.4 LECrim), estando pendiente una causa penal (arts. 490.6 y 7 y 492.2 y 3 LECrim), pero también con posterioridad a la sentencia judicial (art. 490.3, 4, 5 y 7 LECrim).

Por otro lado, debe tenerse presente que tal y como establece el artículo 495 de la LECrim, no cabe la práctica de la detención ante supuestos que constituyan simples

[10] Por todos MONTERO AROCA, J.M. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. / ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 2015, p. 271.

delitos leves, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle.

1. Detención por particulares:

Facultad del particular que viene recogida en los artículos 490 y 491 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [11], y tiene por finalidad poner a disposición judicial o policial al detenido. El artículo 496 de la LECrim fija el límite máximo de 24 horas para poner al detenido en libertad o a disposición del juez más próximo. Dicho precepto guarda relación con el artículo 163.4 CP que regula el delito de detención ilegal por particular el cual alude a que dicha privación de libertad se ha producido fuera de los casos permitidos por las leyes, para presentarla inmediatamente a la autoridad.

2. La detención policial.

Este tipo de detención se regula como obligación de los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad integrantes de la Policía Judicial, y esta detención preceptitva debe producirse en los supuestos contemplados en el artículo 490 LECrim, mencionados anteriormente y previstos como facultad para el particular, así como en los casos recogidos en el artículo 492 de la LECrim. [12] La detención policial tiene por objeto el cumplimiento de un deber, cuando se dan los requisitos de la detención, y además, para poner a disposición judicial y practicar determinadas diligencias de investigación.

[11] Artículo 490 LeCrim: *"Cualquier persona puede detener: 1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo. 2. Al delincuente, in fraganti. 3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía".* Artículo 491 LeCrim: *"El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior".*

[12] Artículo 492: *"La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: 1. A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490. 2. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional. 3. Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4. Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él".*

Las detenciones policiales se pueden dar en los tres momentos procesales citados anteriormente.

3. Detención Judicial:

Junto a la detención policial, la judicial también presenta una amplia casuística de supuestos posibles que vienen regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Así, ésta puede consistir en decretarse *ex novo* por el juez una orden de detención en caso de incomparecencia injustificada del citado (art. 487), o la orden de detención del testigo que habiendo sido citado anteriormente no haya comparecido injustificadamente (art. 420). Por otra parte, la LECrim, en su artículo 494 otorga las mismas facultades que a la Policía Judicial para ordenar la detención en los mismos supuestos previstos para los agentes. Finalmente, el párrafo tercero del artículo 684 de la LECrim, regula la denominada policía de estrados, que prevé la facultad del juez de ordenar la detención de quien delinquiere en el transcurso de la sesión de juicio oral.

III. DURACIÓN DE LA DETENCIÓN.

Hay que empezar diciendo que el plazo de detención no viene fijado en ninguno de los textos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, etc, en los que sí se consagra la libertad como derecho fundamental y que se refieren a la detención como la privación de dicho derecho.

En cambio, tal y como ya hemos visto, el artículo 17.2 de la Constitución Española establece que la detención deberá durar el mínimo imprescindible para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, fijando como máximo el plazo de 72 horas para poner al detenido a disposición judicial que, a su vez, podrá decretar su ingreso en prisión provisional (artículos 502 y ss LECrim), o bien ponerlo en libertad.

La duración máxima que puede tener la detención establecida en la CE y que sitúa en las 72 horas obtiene su confirmación con la redacción ofrecida en el artículo 520.1 LECrim que reitera dicho plazo como límite temporal en 72 horas, momento en el que deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial.

A esta previsión hay que añadir que la redacción del artículo 496 LECrim plantea una dicotomía normativa acerca del plazo máximo de detención, por cuanto este último precepto lo sitúa en un máximo de 24 horas, cumplido el cual procederá la puesta en

libertad del privado de libertad o la puesta ante el juez más próximo del lugar de detención a contar desde la detención practicada por el particular, autoridad o agente de policía judicial.

Así las cosas, y partiendo de la base de que existe unanimidad en que el plazo que *a priori* debe presidir el tiempo de detención es el mínimo para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, las posturas doctrinales sobre el plazo máximo de duración de la detención preventiva son diferentes. Algunos autores mantienen que el plazo máximo en el que un ciudadano puede estar privado de libertad es de 24 horas, por cuanto consideran que el plazo constitucional de 72 horas debe entenderse como marco genérico absoluto en el que el Legislador debe pronunciarse y establecer el que legalmente se considere conveniente y necesario, lo cual resulta compatible con la redacción constitucional. En sentido contrario, otros autores consideran que el artículo 496 de la LECrim (que establece el plazo de 24 horas) se encuentra tácitamente derogado por la Constitución Española, por cuanto es un precepto preconstitucional lo que quedaría confirmado por la redacción ofrecida en el artículo 520 LECrim que al igual que la Carta Magna lo sitúa en 72 horas como máximo. Finalmente, otros autores [13] han propuesto una solución ecléctica y señalan que el plazo máximo de detención que debe aplicarse es el de 72 horas, si bien, en el caso de que las diligencias finalicen con anterioridad deben comunicarlo a la Autoridad judicial para que adopte la medida que considere oportuna y que viene regulada en el propio artículo 17.2 CE y el artículo 497 LECrim como luego veremos (su puesta en libertad, decretar la prisión provisional o prolongar dicha detención), lo que supone el inicio de un nuevo plazo de 72 horas en el que dicho detenido puede estar detenido por el juez tal y como prevé el artículo 497.2 LECrim. [14]

En mi opinión, el plazo máximo de detención que debe aplicarse es el de 72 horas, y ello en base a un único motivo que considero esencial. La redacción ofrecida por el artículo 496 LECrim, que no olvidemos data de 1882, entra en conflicto con la prevista en el artículo 520.1 LECrim, precepto que ofrece una redacción posterior a la entrada en

[13] FERNÁNDEZ PÁIZ, R., Detención policial y judicial: dudas y errores judiciales. Diario La Ley, nº 8582, 2015, pp. 5 y 6.

[14] Artículo 497: *"Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa, y la detención se hubiese hecho según lo dispuesto en los números 1., 2. y 6., y caso referente al procesado del 7. del artículo 490, y 2., 3. y 4. del artículo 492, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado. Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado".* (el subrayado es añadido).

vigor de la Constitución Española [15] y que confirma la literalidad del artículo 17.2 de la Carta Magna situando el plazo máximo en 72 horas. Esta previsión normativa y su situación sistemática en el elenco de derechos que posee el detenido, hace que pueda concluirse que el artículo 496 LECrim está tácitamente derogado.

En este mismo sentido de considerar aplicable el plazo máximo de 72 horas el que ha seguido tanto el TC como el TS, que de forma constante y unánime se vienen refiriendo al plazo previsto en el artículo 17.2 CE y 520.1 LECrim. [16]

Otra de las cuestiones que han planteado controversia sobre la duración máxima de detención es la de si el plazo de 72 horas se erige como plazo absoluto o bien puede entenderse que una vez entregado el detenido al juez, éste dispone de un nuevo plazo de 72 horas que se inicia desde que se materializa dicha entrega física del detenido. En orden a resolver dicha cuestión hay que tener en cuenta en primer lugar que el artículo 17.2 CE enlaza el plazo mínimo pero también el máximo para *"la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos"*, lo que *a priori* parece estar dirigido tanto a la detención policial como a la judicial por cuanto son éstos los únicos investidos de dicha competencia investigadora, que no poseen los particulares, si bien, inmediatamente señala que finalizado dicho plazo el detenido deberá ser puesto en libertad o *"a disposición de la autoridad judicial"*. Ello excluye la posibilidad de que el precepto pueda aplicarse a la detención judicial, salvo que se considere que ésta lo ha sido por juez no competente y deba entregar al detenido al que posee dicha competencia. No parece ser este el espíritu de la redacción constitucional lo que viene a confirmarse si atendemos a la redacción prevista en los artículos 498 y 499 LECrim. [17]

[15] Y que por cierto no ha sido modificado por la reforma de 2015 que sí que ha supuesto un gran avance en los derechos del detenido.

[16] SSTC 199/1987 y 107/1985

[17] Artículo 498: "Si el detenido, en virtud de lo dispuesto en el número 6. y primer caso del 7. del artículo 490 y 2. y 3. del artículo 492, hubiese sido entregado a un Juez distinto del Juez o Tribunal que conozca de la causa, extenderá el primero una diligencia expresiva de la persona que hubiere hecho la detención, de su domicilio y demás circunstancias bastantes para buscarla e identificarla, de los motivos que ésta manifestase haber tenido para la detención y del nombre, apellido y circunstancias del detenido. Esta diligencia será firmada por el Juez, el Secretario, la persona que hubiese ejecutado la detención y las demás concurrentes. Por el que no lo hiciere firmarán dos testigos. Inmediatamente después serán remitidas estas diligencias y la persona del detenido a disposición del Juez o Tribunal que conociese de la causa" Artículo 499: *"Si el detenido lo fuese por estar comprendido en los números 1. y 2. del artículo 490 y en el 4. del 492, el Juez de instrucción a quien se entregue practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido según proceda, en el término señalado en el artículo 497. Hecho esto, cuando él no fuese Juez competente, remitirá a quien lo sea las diligencias y la persona del preso, si lo hubiere".*

Así, valorando cuanto disciplina el artículo 497 LECrim, en el que de forma textual exige que, una vez detenido, se pondrá a disposición del juez o Tribunal que *"elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado",* podríamos deducir que tras la práctica de una detención (cuyo plazo máximo de entrega al juez es de 72 horas como hemos visto), y una vez entregado físicamente al juez o Tribunal, éste dispone de un nuevo plazo de 72 horas adicional al anterior bajo la potestad de la Autoridad judicial.

No obstante lo anterior, se produce cierta confusión a la hora de delimitar lo que se entiende por "entrega" del detenido al juez, y asimismo, en cuanto a si el plazo acumulativo de 72 horas + 72 horas también se debe aplicar en el caso de que el primero de ellos obedezca a una detención judicial o únicamente al caso de que se trate de una detención judicial. En cuanto al primero de los aspectos planteados considero que dicha entrega puede ser física o no, ya que en el momento de que la Policía Judicial finaliza las diligencias policiales y comunica esta circunstancia al juez, [18] queda bajo su disposición y por lo tanto "entregado", sin perjuicio de que permanezca custodiado en dependencias policiales hasta que lo reciba el juez, con lo que se inicia en el momento de haberle comunicado la finalización de las diligencias el nuevo plazo de 72 horas previsto en el artículo 497 LECrim. [19]

La segunda de las cuestiones apuntadas, referida a si nuestra regulación previene un doble plazo máximo de 72 horas, pasa, a mi juicio, por una interpretación literal del artículo 497 LECrim, si bien, vuelve a surgir aquí cierta problemática a la hora de determinar el significado de la "entrega" del detenido cuando la orden ha sido dictada por el juez o incluso el Fiscal [20] pero obviamente la detención la han practicado físicamente los agentes de la Policía Judicial. En relación al primer asunto, hay que decir que según la jurisprudencia del TS los plazos de 72 horas correspondientes a las detenciones policiales y judiciales respectivamente son acumulables como plazos máximos. [21] Ello se deriva de la redacción ofrecida en artículo 497.2 como hemos visto

[18] El artículo 295 LeCrim establece que toda diligencia practicada por la Policía Judicial deberá ser comunicada al juez en el plazo inexcusable de 24 horas, lo que no significa que haya sido entregado el detenido puesto que no se han finalizado las diligencias, sin perjuicio de que el artículo 286 LeCrim recoge la posibilidad de que el juez se presente a formar el sumario en cuyo caso cesarán las diligencias de prevención instruidas por la Policía Judicial.

[19] En este mismo sentido se ha pronunciado FERNÁNDEZ PÁIZ, R., Diario La Ley, nº 8582, 2015, p. 6.

[20] Tal previsión viene contenida en el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

[21] STS de 8 de noviembre de 2000.

que sitúa el inicio del cómputo de 72 horas desde la entrega del detenido. En cuanto al segundo aspecto controvertido referido a si el plazo también es acumulable en el caso de que la detención sea ordenada por la Autoridad judicial pero practicada por la Policía Judicial, tanto el TC como el TS han tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, concluyendo que la detención tendrá una duración absoluta de 72 horas desde la detención aunque la haya practicado la policía judicial, argumentando que en estos casos los agentes son meros instrumentos del juez pero en ningún caso se trata de una detención policial y por tanto debe aplicarse únicamente el plazo previsto en el artículo 497.2 de la LECrim. [22]

A mayor abundamiento sobre la duración de la detención que ahora analizamos, cabe mencionar que el TS ha señalado en numerosas resoluciones que el plazo debe empezar a contarse desde que se priva de libertad al ciudadano, es decir, desde que las Fuerzas y Cuerpos de seguridad practican la detención policial, lo que puede no coincidir con su privación de libertad en dependencias policiales, sino en el lugar en el que dicho ciudadano es arrestado.

Para finalizar, simplemente una referencia a que el plazo de detención del menor de edad detenido, según lo previsto en el artículo 17.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 17 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor se sitúa en 24 horas + 24 horas y así mismo, tener en cuenta que a tenor de lo dispuesto en el artículo 520 bis de la LECrim, todos estos plazos podrían prorrogarse otras 48 horas más como máximo, en caso de aplicar la legislación terrorista.

IV. CONCLUSIONES.

1ª.- La detención supone la privación de libertad personal incluso en supuestos de limitación momentánea de este derecho fundamental.

2ª.- En relación al plazo de detención suele distinguirse entre un plazo relativo (el mínimo imprescindible para realizar las actuaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos), y un plazo absoluto (que se sitúa en 72 horas según la CE y la LECrim).

3ª.- El artículo 496 LECrim que prevé un plazo máximo de detención de 24 horas está tácitamente derogado por ser anterior a la CE y por entrar en conflicto con el artículo 520.1 que también lo sitúa en 72 horas en sintonía con el texto constitucional.

[22] Así se han pronunciado diversas resoluciones como la STC 179/2011 y 180/2011, referidas al *caso Malaya*, Auto de la Audiencia Nacional 205/2012, de 22 de noviembre, referido al *caso Gao Ping.*

4ª.- El plazo máximo de duración de la detención preventiva es de 72 horas para la detención policial y de 72 horas para la detención judicial, tal y como ha señalado la jurisprudencia del TC y del TS que, en determinados casos podrían alcanzar un total de 144 horas de privación de libertad.

5ª.- La "entrega" del detenido al juez por la Policía Judicial no supone una entrega física, y así, en los casos en los que los agentes policiales hayan finalizado las actuaciones y lo comuniquen al juez, se inicia en este momento el segundo plazo máximo de 72 horas por parte del juez, independientemente que el detenido se encuentre físicamente en dependencias policiales.

6ª.- En el caso de que el juez o el Fiscal ordenen una detención a la Policía Judicial, nos encontramos ante una detención judicial y únicamente se aplica el plazo máximo de 72 horas previsto en el artículo 497.2 LECrim.

V. BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO PÉREZ, F., El plazo de la detención. Diario La Ley, 2001.

CARRETERO SÁNCHEZ, A., El verdadero sentido de la detención penal. Diario La Ley, nº 6834, 2007.

FERNÁNDEZ PÁIZ, R., Detención policial y judicial: dudas y errores judiciales. Diario La Ley, nº 8582, 2015.

MONTERO AROCA, J.M. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. / ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. Editorial Tirant lo Blanch. 23ª edición. Valencia, 2015.

* * * * * *

Prof. Susana Román Corbacho
Profesora asociada, Univ. de Barcelona. Socia FICP.

~Moneda virtual: ¿una puerta abierta al delito?~

I. INTRODUCCIÓN

El incipiente desarrollo técnico de nuestra sociedad y su generalización y acceso de forma masiva a estos medios, introducen nuevas realidades en nuestro entorno difíciles de comprender.

Esos fenómenos nuevos, derivados sobretodo de la masificación de la utilización de la informática introducen situaciones sobre las que no existe una previsión legal. El desconocimiento general y la falta de preparación de nuestros operadores jurídicos y del propio legislador, llevan a que nuevamente el derecho, como en tantas otras ocasiones, vaya por detrás de los cambios sociales.

En el ínterin se producen situaciones de alegalidad que, sin duda, van a ser aprovechadas para la comisión de delitos.

Así la utilización de las redes sociales nos han llevado a reflexionar sobre los límites de la comunicación y el respeto al derecho a la intimidad y la propia imágen, planteándose en nuestros tribunales nuevas cuestiones como pueden ser los conflictos en el ámbito de la patria potestad derivada del desacuerdo de los progenitores en relación a la publicación en redes sociales, como facebook o instagram, de imágenes de menores. El acoso a través de dichas redes también ha aparecido sobre todo en el ámbito de la violencia sobre la mujer, el acoso en el ámbito escolar entre menores, etc...

En el presente se pretende realizar una reflexión sobre un nuevo fenómeno que es difícil incluso de comprender con los parámetros que conocemos: la aparición de las criptomonedas o moneda virtual como por ejemplo el bitcoin y su falta de regulación lleva a la necesidad de reflexionar sobre los efectos fiscales, civiles y penales que su utilización puede plantear.

II. ORIGEN

Con la crisis que aparece a nivel mundial en la primera década del nuevo milenio y que es consecuencia en gran parte de la especulación bancaria, surge la necesidad de sustraerse al control de la banca e incluso de los Estados, cuya fiscalización de la

actividad económica ha fallado estrepitosamente . Con ello surge la idea de la creación de monedas virtuales, y como ejemplo la moneda bitcoin, que es la que ha logrado una mayor implantación en el mercado y sobre la cual centraremos el análisis.

Esta moneda surge en el año 2008 , conociéndose sobre su autor o autores que actuaban bajo el pseudónimo Satoshi Nakamoto, desconociéndose su verdadera identidad. La definición podemos encontrarla en su página web, www.Bitcoin.org, que la define del siguiente modo: "Bitcoin usa tecnología peer-to-peer o entre pares para operar sin una autoridad central o bancos; la gestión de las transacciones y la emisión de bitcoins es llevada a cabo de forma colectiva por la red. **Bitcoin es de código abierto; su diseño es público, nadie es dueño o controla Bitcoin y todo el mundo puede participar**. Por medio de sus muchas propiedades únicas, Bitcoin permite usos interesantes no contemplados por ningún sistema de pagos anterior."

Se trata, por tanto, de una red P2P, a la que cualquier usuario puede acudir para adquirir moneda virtual que será acumulada en su monedero electrónico, aunque en la actualidad ya existen en España cajeros electrónicos de bitcoin. Con dichas monedas pueden efectuarse transacciones entre usuarios registrados en el sistema y en cada transacción se incluirá la clave pública del que la transfiere y la privada del que la adquiere, si bien esta segunda no es conocida por terceros. De esta forma la identificación de la moneda será la clave pública del que la posee, y, por tanto, su clave numérica variará cada vez que se transfiere.

La creación de nueva moneda se realiza por los llamados "mineros" que deben resolver un problema matemático para la creación de éstas, que son incorporadas a un libro mayor del sistema. Su creación es lenta y ello ha llevado a que recientemente, en el mes de agosto de 2017, se haya buscado una solución a fin de aumentar la velocidad de creación de dicha moneda, conviviendo en la actualidad los bitcoins (creados con el sistema originario) con los bitcoins cash (creados con un nuevo sistema que permite mayor velocidad de creación).

Lo cierto es que la moneda virtual se ha impuesto como sistema de pago en determinados sectores, admitiéndose en algunos comercios, pudiéndose ingresar en los cajeros existentes e incluso cambiar por moneda de curso legal con una comisión.

Una de las características de bitcoin es su rentabilidad, habiendo aumentado su valor hasta los 2.600 dólares en el mes de julio de 2017.

III. NATURALEZA

Ante la dificultad de poder determinar su naturaleza, algunos especialistas eluden el término "moneda", definiéndola como un medio digital de intercambio encriptado.

No existe regulación alguna, por lo que no es legal ni ilegal, sino alegal. En España la única moneda reconocida por la Ley 46/1998 es el euro. Con respecto a las monedas virtuales nada las prohibe, pero no existe una normativa específica.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 22 de octubre de 2015 ha tenido ocasión de analizar este fenómeno a través de una cuestión prejudicial en la que se efectúa una consulta sobre el pago de IVA y establece que :

> "11. De la resolución de remisión se desprende que la divisa virtual «**bitcoin**» se utiliza, con carácter principal, para los pagos entre particulares en Internet y en determinadas tiendas en línea que aceptan esta divisa. Esta divisa virtual no tiene un emisor único y se crea, en cambio, directamente en el seno de una red mediante un algoritmo especial. El sistema de la divisa virtual «**bitcoin**» permite que los usuarios que dispongan de direcciones «**bitcoin**» posean y transfieran anónimamente dentro de la red «**bitcoin**» en cantidades variables. Las direcciones «**bitcoin**» podrían compararse a números de cuenta bancaria.
>
> 12. Remitiéndose a un informe del año 2012 del Banco Central Europeo sobre las divisas virtuales, el tribunal remitente indica que una divisa virtual puede definirse como un tipo de moneda digital no regulada, emitida y verificada por sus creadores y aceptada por los miembros de una comunidad virtual concreta. La divisa virtual «**bitcoin**» forma parte de las divisas virtuales denominadas «de flujo bidireccional», que los usuarios pueden comprar y vender con arreglo al tipo de cambio. Por lo que respecta a su uso en el mundo real, estas divisas virtuales son análogas a las demás divisas intercambiables, y permiten adquirir bienes y servicios tanto reales como virtuales. Las divisas virtuales se distinguen del dinero electrónico, tal como lo define la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE (DO L 267, p. 7), en la medida en que, a diferencia de este dinero, en el caso de las divisas virtuales los fondos no se expresan en la unidad de cuenta tradicional, por ejemplo, en euros, sino en una unidad de cuenta virtual, como el «**bitcoin**»."

En algunos supuestos, como en alguna sentencia dictada en Estados Unidos se manifiesta que es usada como una moneda, limitada a los establecimientos que quieran aceptarla, por lo que debe considerarse como una divisa o dinero.

Para otros se trata únicamente de un bien mueble con respecto al que cabe permuta.

De la determinación de su naturaleza se pueden derivar unos efectos u otros en el ámbito penal, como por ejemplo en relación a la falsificación al existir en nuestro

derecho penal una regulación diferenciada entre la falsificación de moneda y de otros documentos.

IV. RIESGOS PARA LOS CONSUMIDORES

Uno de los casos que han saltado a la palestra recientemente es el de los ciberataques. En el mes de junio de 2017 el surcoreano Bithumb (uno de los mayores sitios de cambio de monedas virtuales del mundo) sufrió una brecha de seguridad, por lo que accediendo los hackers a través del ordenador de un empleado a los teléfonos de los clientes y bajo la argucia de haberse producido transacciones fraudulentas desde su billetera, consiguieron acceder a sus claves y vaciar sus monederos.

Las asociaciones de consumidores españolas han advertido sobre los riesgos de dicho medio de pago al carecer de regulación legal en España y acogiéndose la preocupación que han manifestado tanto el Banco de España como la Autoridad Bancaria Europea.

Dada su alta rentabilidad la preocupación es que se utilice como medio de inversión, pudiéndose producir pérdidas importantes al ser una inversión de alto riesgo. El precio del bitcoin se determina por la ley de la oferta y la demanda lo que hace que sea extremadamente volátil, a lo que debe añadirse el hecho de que esté desregularizado y, por tanto, no intervenga ninguna autoridad estatal en su control.

V. DELITOS

1. Falsificación de moneda

El artículo 386 CP, en su redacción introducida a través de la reforma operada en el Código Penal a través de la LO 1/2015 castiga la fabricación o alteración, la introducción en el país o la exportación y su transporte, expedición o alteración, y sin embargo parte de un concepto de moneda física, definiéndola en el artículo 387 CP como papel moneda de curso legal, moneda metálica y aquella que previsiblemente será puesta en curso legal.

La creación de moneda virtual plantea varios problemas que nos impediría incardinar determinadas conductas en este delito, la primera es que no es expedida por ningún organismo oficial, la segunda es que no existe regulación alguna en España sobre dicha moneda, de forma que no puede hablarse de moneda de curso legal, y la tercera, si bien no insalvable, es que es difícil que pueda llegar a crearse moneda sin

ajustarse a los procedimientos establecidos por el creador.

2. Estafa

En el año 2015, se descubrió una estafa piramidal a través de la creación de una moneda virtual creada por un español, denominada "únete" y que consiguió a través de sociedades interpuestas y paraísos fiscales apropiarse de las inversiones de diferentes usuarios. En este caso la moneda aparece como medio para la comisión del delito, no siendo en sí misma el objeto de éste.

En otros supuestos la moneda aparece como objeto del delito, ofreciendo moneda realmente inexistente y aprovechando el desconocimiento que puede existir por parte de los usuarios. Así en el año 2015 y en el curso de una operación internacional en la que intervenía Interpol y Europol simultáneamente en varios países, un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de un pequeño pueblo de la provincia de Barcelona autorizó la entrada y registro en el domicilio de una persona que ofrecía Bitcoins a través de internet, constatándose que éste no era poseedor de bitcoin alguno,si bien la estafa era tan burda y no se acreditó mas que el ofrecimiento de éstos que llegó a dictarse sentencia absolutoria en juicio de faltas.

3. Blanqueo de capitales. Tráfico de drogas. Terrorismo

Ley 10/2010 de 28 de abril de blanqueo de capitales a través de la reforma del artículo 301 CP pretende la persecución del blanqueo de bienes en todas sus fases y más allá de las fronteras de España, por cuanto considera que existe el delito aun cuando el delito que hubiera generado tales ganancias se haya cometido en otro país.

La moneda virtual facilita sin duda la ocultación del origen ilícito de las ganancias por cuanto se trata de una moneda con un importante grado de anonimato en la transmisión y con una enorme dificultad para los investigadores para averiguar las transacciones que puedan haberse producido y su origen, dado que la moneda cambia de código numérico con cada transmisión y no existe un organismo de control de ésta.

La Ley 10/2010 obliga a las entidades financiera a que comuniquen cualquier movimiento de dinero que pueda resultar sospechoso, y, sin embargo, sustraída la moneda virtual de cualquier control formal se convierte en una forma simple de eludir tal mecanismo y con ello de facilitar la comisión de delito utilizándose como modo de pago en el caso de tráfico de drogas o como forma de financiación del terrorismo.

4.- Delitos fiscales

Relacionado con lo anterior el bitcoin supone un medio para ocultar determinados rendimientos y eludir su tributación.

Existe tal falta de previsión sobre dicho fenómeno que hasta recientemente no se ha tenido claro en el supuesto de cambio de moneda virtual por moneda de curso legal qué actos debían de tributar. Incluso no es hasta el año 2015 que el TJUE respondiendo a una cuestión planteada por un Estado miembro determinó en qué supuestos debía tributarse por IVA en dicho ámbito.

Si la indeterminación a nivel fiscal es prácticamente absoluta, por falta de previsión de los organismos reguladores, es mucho más fácil la utilización de esta moneda para eludir el pago de tributos con las quiebras que esto puede introducir en la persecución penal.

VI. PROBLEMAS DE JURISDICCIÓN

Una de las grandes dificultades para la persecución de estos delitos es que la moneda virtual tiene una implantación mundial y como en todo sistema en los que se utiliza el P2P, la identificación de los autores comporta muchas dificultades.

La necesidad de investigación de estos delitos conlleva la necesidad de intervención de organizaciones internacionales como la Interpol o Europol, y, sin embargo, el descubrimiento de cualquier hecho que parezca incardinado en dicha operación y cuyo autor se encuentra en España supone en ocasiones la intervención del Juez de Instrucción del domicilio del investigado, como sería el ejemplo de la entrada y registro domiciliario a fin de intervenir los ordenadores y proceder a su estudio. Estos juzgados, ya de por sí desbordados, carecen de medios para poder realizar el seguimiento de estos asuntos y por ello quedan muchas veces en vía muerta.

VII. SUPUESTOS PRÁCTICOS

Las dificultades en la investigación de aquellos delitos en los que se utilice moneda virtual radica precisamente en una de sus características principales: el anonimato.

Así uno de los casos más conocidos a nivel mundial fue la de la página "*Silk Road"* (ruta de la seda) que fue cerrada por el FBI en 2013 y que se trataba de una página deepweb que utilizaba la red TOR, es decir, una red sobre la que existe una

menor accesibilidad, que se dedicaba a diferentes actividades delictivas, sobre todo el tráfico de drogas. La investigación encontró enormes dificultades en el momento de acceder a la moneda virtual que era utilizada para las transacciones al ser preciso desencriptar la clave privada de su propietario. La utilización de esta moneda permitía que un adquirente no conociera la identidad de la persona o entidad que le efectuaba la transmisión, dificultando, por tanto, las investigaciones en la transmisión de bienes de ilícito comercio. Por otra parte, dado que su valor fluctúa mucho en el mercado era difícil determinar el valor de la operación delictiva.

En la jurisprudencia de nuestros Tribunales no encontramos todavía un tratamiento de este fenómeno, apareciendo solamente de forma tangencial en resoluciones como la sentencia de 22.02.2017, dictada en conformidad por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el Procedimiento Abreviado 53/2016, en la que se castiga la adquisición de moneda falsa a sabiendas. En este supuesto el condenado llega a adquirir a través de una página web llamada "evolution" de encriptado, que impedía el rastreo de las IP, la cantidad de 25 billetes falsos de 50 € por el precio de 25 €, cantidad que fue abonada a través de bitcoins.

En una fase muy inicial se encuentra todavía la instrucción de las DP 74/2011 en un Juzgado de Redondela (Pontevedra). En el auto dictado por la AP de Pontevedra en fecha 22.02.2017 en el que se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los investigados en relación a los oficios de petición de información a la AEAT y al Interlocutor de BBVA con el Servicio Ejecutivo de la Comisión Nacional para la prevención del Blanqueo, se recoge que en dicho procedimiento se investiga una de blanqueo de bienes en la que los beneficios de la actividad ilícita de venta de descodificadores se estarían " canalizando mediante un sistema de facturación a través de letras de cambio, pagarés y contratos de cesión de créditos, apoyados en la inversión de centros de minería bitcoin que luego se intercambiaba con dinero en metálico."

Ningún ejemplo más podemos encontrar en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, y, sin embargo, los supuestos que se han conocido a nivel internacional y otros mas recientes que se han producido en España nos llevan a comprender que en el futuro la moneda virtual puede aparecer en el curso de la comisión de diversos delitos en un modo u otro. La falta de previsión de los Estados y de la propia Unión Europea pueden sin duda favorecer la ocultación dificultando la investigación, y por ello se concluye que es necesario que exista una planteamiento global en el que se consiga una

regulación integral de dicha moneda, tanto en el ámbito financiero y tributario, como en el civil y el penal.

BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ JIMÉNEZ, Carlos. El bitcoin y su tributación. Revista CEF 380 (noviembre 2014)-

MIRAS MARÍN, Norberto. El régimen jurídico-tributario del Bitcoin. Revista CEF núm. 406 (enero 2017)

NAVAS NAVARRO, Susana. Un mercado financiero floreciente: el del dinero virtual no regulado. Revista CESCO de Derecho de consumo 13/2015.

ZÚÑIGA, Ángeles. "Bitcoin" mucho más que una moneda. Revista Escritura Publica. Marzo/abril 2015.

JURISPRUDENCIA

Auto 208/2017. Audiencia Provincial de Pontevedra. Sección 5ª. 23 de Marzo de 2017

Sentencia 72/2017. Audiencia Provincial de Pontevedra. Sección 5ª. 22 de febrero de 2017.

*** * * * * ***

Silvia M.ª Rosales Pedrero

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socia FICP.

~La protección de testigos en el proceso penal~

Sumario.- El presente trabajo aborda de forma no exhaustiva la figura del testigo protegido a la luz de la LO 19/94, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, y algunas de las complejas cuestiones que en su aplicación práctica genera, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen en riesgo con el derecho de defensa de los encausados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la practica de la prueba testifical.

Palabras Clave.- Agente encubierto; identidad del testigo; garantías procesales; infiltrado; prueba testifical; testigo anónimo; testigo oculto; testigo protegido.

I. INTRODUCCIÓN

Por declaración de testigo se entiende, el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de una percepción sensorial adquirida fuera del mismo, relativa a un hecho pasado y dirigida al fin de la prueba, esto es, a formar el convencimiento del juzgador sobre la verdad de un hecho de interés para el proceso.[1]

Como es sabido, es un deber constitucional prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en el curso del proceso[2], ahora bien el temor a sufrir represalias así como las obligaciones y deberes que la ley les impone, hace que ciudadanos que presencian la comisión de un hecho delictivo se muestren reticentes a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales, eludiendo así adquirir la condición de testigo. Estas situaciones se acrecientan cuando se presentan en casos de delitos cometidos por bandas armadas u organizaciones terroristas por la especial gravedad de los delitos cometidos por estas personas y el superior daño material, y muchas veces moral, que causan a la sociedad al alcanzar a bienes que afectan en su esencia a toda la colectividad.[3]

Una de las vías que se adoptan para evitar este temor a declarar es la de que el testigo declare por videoconferencia en el juicio oral superando así la vieja técnica del

[1] MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho procesal penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

[2] Artículo 118 CE: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.".

[3] MAGRO SERVET, V., Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal. La Ley Penal, Nº 75, Sección Estudios, Octubre 2010, Editorial LA LEY. LA LEY 12920/2010.

"biombo"[4] que en nada preserva la intimidad del testigo, por cuanto tiene que acudir físicamente a la Sala en donde se celebra el juicio. Ahora bien, si la técnica de la videoconferencia es válida para algunos casos, por ejemplo de violencia de género, delitos de carácter sexual, etc., no lo es para supuestos en los que el miedo no se produce por el hecho de declarar el día del juicio, sino por conocer que los acusados y otras personas saben quien está declarando, al conocerse la identidad del testigo.

Para dispensar protección a aquellas personas que colaboran con la Administración de Justicia mediante su declaración, sobre los que recaiga una seria amenaza, el ordenamiento jurídico español, regula un sistema de protección de testigos que encuentra su reconocimiento legal mediante la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales (LO 19/1994)[5]. Sin embargo, tal y como está regulada la protección de testigos en nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión que de inmediato se suscita es la de si se favorece un grado de amparo suficiente para que los testigos tengan una garantía de no sufrir posibles represalias. En este sentido, establece ALONSO BELZA, la LO 19/1994 pone en juego tres intereses diferenciados: por un lado, el interés del Estado en erradicar la delincuencia y facilitar la investigación; por otro, el interés del testigo en poder declarar con plena libertad, sin verse sometido a presiones que puedan recaer sobre el mismo o sus familiares; y por último, en tercer lugar, el interés del imputado en conocer todos los extremos de la imputación y poder así ejercer el derecho a su defensa sin ninguna limitación.[6]

II. TESTIGOS OCULTOS Y TESTIGOS ANÓNIMOS

La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, se publicó a los nueves meses de dictarse la conocida STC 64/1994, de 28 de febrero[7], que abordó, desde el plano de su validez constitucional, la distinción entre los testimonios ocultos y los testimonios anónimos. Los primeros son aquellos que se prestan por un testigo cuando no es visto por el acusado (por ejemplo,

[4] Respecto de los "biombos" en las Salas de Vistas, el Acuerdo del Pleno de la Sala 2.a del TS de 6-X-2000, indica que el art. 2.b permite adoptar –con tal mobiliario– la medida de impedir la visualización del testigo en el acto del juicio oral, con la única exigencia de su razonable motivación, la que podrá incluso reflejarse directamente en el acta del juicio sin necesidad de resolución separada y escrita; y ratificando que la no motivación o deficiente motivación del acuerdo es motivo de control casacional y puede acarrear la nulidad de la vista oral.

[5] Publicado en BOE de 24 de Diciembre de 1994. Vigencia desde 25 de Diciembre de 1994.

[6] ALONSO BELZA, M., La protección de peritos y testigos en causas criminales, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, núm. 13, 1999, p. 114.

[7] Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 28-2-1994, nº 64/1994, BOE 71/1994, de 24 de marzo de 1994, rec. 2468/1991; Pte: Vega Benayas, Carlos de la.

cuando el testigo declara detrás de una mampara protectora que impide la confrontación visual directa con el acusado). Por el contrario, los testimonios anónimos son aquellos que se prestan por una persona cuya verdadera identidad es desconocida para el tribunal o la defensa o para ambos. En la subcategoría de los testigos anónimos, caben distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes.

Dentro de la subcategoría de los testigos ocultos también caben diferentes posibilidades, según el grado de opacidad u ocultamiento con el que declare en la vista oral el testigo. Es factible que deponga en una dependencia aparte sin ser visto por el Tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo sería oído. Pero también es posible que deponga siendo visto por el Tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público; sistema de semiocultamiento que es el que mayor aplicación tiene en la práctica procesal (generalmente mediante el uso de mamparas y biombos). Sin olvidar tampoco otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos o diferentes postizos). Todos estos sistemas se complementan en algunos casos con la distorsión de la voz.[8]

En la referida STC 64/94 se admitió la validez constitucional y probatoria de los testigos ocultos, siempre que se respetase la garantía de contradicción durante su interrogatorio en el acto del juicio oral. Para el TC el simple hecho de la ocultación visual no genera una limitación de las posibilidades de defensa del acusado y, por tanto, es compatible con el respeto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). También, en los posteriores AATC 270/1994 y 522/2005, se insiste que en los casos de testigos ocultos la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resultan plenamente respetados, por lo que han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del artículo 6.3.d) CEDH y, en consecuencia, también las garantías que consagra el artículo 24.2 CE.

[8] Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-11-2016, nº 852/2016, rec. 10881/2015; ROJ: STS 4835:2016, ECLI: ES:TS:2016:4835; Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.

Con posterioridad la Directiva 2012/29/UE, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, previó, entre las medidas de protección que pueden adoptarse para el caso de víctimas con necesidades especiales de protección, la de evitar el contacto visual con el infractor, durante la práctica de la prueba, a través de los medios adecuados, incluido el uso de tecnologías de la comunicación (art. 23.3, letra a).

En relación con los denominados testigos anónimos el TC, tras invocar la doctrina del TEDH, concluyó que el total anonimato de un testigo de cargo y la imposibilidad de contradicción son contrarios a las exigencias derivadas del artículo 24 CE. No obstante, esta conclusión merece ser objeto de alguna matización, pues no siempre el testimonio anónimo carece de eficacia probatoria y resulta contrario al derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH), a la luz de la propia doctrina del TEDH. A modo de resumen, de la doctrina del TEDH [9]se infiere que el anonimato de los testigos no es una medida que resulte totalmente incompatible con las exigencias derivadas del derecho al proceso equitativo, siempre y cuando resulte justificada y no conlleve, en atención a las singulares circunstancias concurrentes, una limitación intolerable del derecho de defensa del acusado, lo que deberá ser objeto de una adecuada ponderación (*balancing test*) por parte del Tribunal enjuiciador. Además, el anonimato, caso de mantenerse, no debe conllevar una limitación de la garantía de contradicción reconocida en el artículo 6.3.d) CEDH , por lo que la defensa siempre deberá tener una ocasión para interrogar a los testigos y no deberá ser la única prueba de cargo o la prueba decisiva para fundamentar la condena.[10]

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN LA LEY 19/94

La Ley de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales tiene su antecedente, además de en las razones sociológicas que se recogen en su Exposición de Motivos, en el Tratado Internacional referido a la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de diciembre de 1984, cuya ratificación

[9] SSTEDH caso *Kostovski contra Holanda*, de 20 de noviembre de 1989; caso *Doorson contra Holanda*, de 26 de marzo de 1996; caso *Vissier contra Holanda* , de 14 de febrero de 2002; caso *Birutis y otros contra Lituania*, de 28 de marzo de 2002; caso *Taal contra Estonia*, de 22 de noviembre de 2005; caso *Krasniki contra República Checa* , de 28 de febrero de 2006.

[10] MIRANDA ESTRAMPES, M, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., BACH FABREGO, R., SÁNCHEZ SISCART J.M., CAMARENA GRAU, S., LÓPEZ ORTEGA, J.J., ORTEGA LORENTE, J.M,. 113 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal; Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 31 Año: 2013. CGPJ.

por España fue publicada en el *BOE* de 9 de noviembre de 1987, y que en su artículo 13 previene la necesidad de que el Estado tome las medidas adecuadas *«para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra malos tratos e intimidación como consecuencia del testimonio prestado»*.

Con estos antecedentes, la LO 19/1994 tiene como finalidad establecer unos mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen a juicio para colaborar con la Administración de Justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio puede ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal, permitiendo a la Autoridad Judicial mantener en el anonimato a aquellos testigos con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios, y evitando su adulteración como consecuencia de intimidaciones provenientes de los acusados.

Dicha Ley —como expresa su Exposición de Motivos— no puede arbitrar un conjunto de garantías de carácter absoluto e ilimitado, sino que debe ponderarse, en cada caso, *«el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares»*.

La existencia de peligro supone, en palabras de la STS de 3 de marzo de 1999[11], la expresión de un mal muy probable sobre la persona, libertad o bienestar de quien colabora con la administración de justicia o sus allegados inmediatos.

La motivación de ese peligro que, tal y como señala MAGRO SERVET[12], lógicamente, aparece teñido de subjetividad para quien lo siente, ha de realizarla el Juez o Tribunal que acuerde la aplicación del mecanismo de protección previsto en la Ley. En su consecuencia, exige valorar los intereses y la situación conflictual, y abordar lo procedente apreciando racionalmente la existencia de un peligro grave para la persona, libertades y bienes (STS 1367/2004, de 29 de noviembre[13]).

Las medidas necesarias para la protección del testigo o perito pueden ser diversas según se adopten durante la fase de instrucción en la que el Juez Instructor, a instancia de parte o de oficio, acordará alguna de las medidas contenidas en el artículo 2 de la LO 19/1994, y a la apertura del juicio oral, en el que el órgano judicial competente para el

[11] LA LEY 3314/1999.
[12] MAGRO SERVET, V., Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal; La Ley Penal, Nº 75, Sección Estudios, Octubre 2010, Editorial LA LEY; LA LEY 12920/2010.
[13] LA LEY 319/2005.

enjuiciamiento de los hechos deberá pronunciarse sobre el mantenimiento, modificación o supresión de las medidas adoptadas durante la instrucción y, en su caso, sobre la necesidad de adoptar nuevas medidas de protección previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos en relación con el proceso penal de que se trate (art. 4 LO 19/94).

Las medidas a adoptar por el Juez instructor para la protección de los testigos pueden consistir en:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los testigos, pudiéndose utilizar para esta identificación un número o cualquier otra clave.

b) Que los testigos comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Desde el dictado del auto acordando la protección, se introducirán en sobre separado todos los datos relativos a la identificación del testigo protegido que deba permanecer sometido a reserva, en cuya parte exterior únicamente se consignará el número o signo tomado para su identificación en el proceso. Este sobre será custodiado separadamente de la causa, bajo la responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia, hasta su remisión al órgano de enjuiciamiento.

La limitación de los derechos de defensa del procesado que supone el ocultamiento de identidad de los testigos así como la imposibilidad de visualizarlos durante su testimonio es clara. Sin embargo, estas limitaciones durante la fase de instrucción se tornan menos graves que si se adoptan o se mantienen en la fase de juicio oral. A este respecto conviene traer a colación que la Ley, antes de la aprobación de la LO 19/1994, ya preveía -y sigue previendo- que en determinados supuestos pueda restringirse el principio de publicidad y/o de contradicción durante la fase de instrucción. Así ocurre, por ejemplo, siempre que el Juez decrete el secreto de sumario de conformidad con el artículo 302 LECrim. -principio de publicidad- o cuando el

imputado o investigado no se encuentre presente en todas las diligencias que se practiquen.

Es durante la fase de juicio oral en la que la combinación de las medidas de protección de testigos y el respeto al derecho de defensa se torna más complejo. Ello obedece principalmente a que es en la fase de juicio oral en la que debe acreditarse, con todas las garantías, la culpabilidad o inocencia del acusado, teniendo éste en todo momento la posibilidad de contrarrestar, analizar y valorar en toda su amplitud las pruebas practicadas. Una vez finalizada la instrucción, el Tribunal encargado del enjuiciamiento de los hechos, deberá pronunciarse motivadamente sobre la necesidad y procedencia de mantener, modificar o suprimir las medidas adoptadas durante la fase de instrucción, e incluso añadir nuevas medidas. En el supuesto en que el Tribunal no se pronuncie, parece que recae sobre la defensa del acusado la carga de solicitar al Tribunal que se pronuncie sobre la procedencia de las medidas ya adoptadas durante la instrucción.[14]

No obstante lo anterior, especial referencia merece la protección de los menores víctimas y/o testigos a la hora de comparecer en juicio. La protección de los menores de edad, ofendidos por unos delitos (en especial los de contenido sexual), viene exigida por la incidencia negativa que los mismos pueden tener en el desarrollo posterior de la personalidad de estos menores. Por ello la sociedad debe evitar que no vuelvan a recordarlo en la celebración del juicio en que se encause al presunto culpable.[15]

Mención aparte precisa también la posición jurídica de las víctimas de la violencia de género que deban deponer en juicio en calidad de testigos, o la de sus parientes. En este sentido, el artículo 416.1 LECrim. establece un derecho renunciable en beneficio de los parientes testigos de la víctima y a favor de ésta, es decir una causa de justificación que les permite su negativa a declarar. Sin embargo, cuando se trata de la víctima que ha denunciado voluntariamente la violencia y busca protección del Estado, en principio, no

[14] RIFÁ SOLER, J.M.ª; El testigo protegido y el agente infiltrado. Esta doctrina forma parte del libro "Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial" , edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2011. LA LEY 17915/2011.

[15] Véase en este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos.

puede acogerse a este derecho o beneficio, ya que esta actitud de denuncia muestra una clara voluntad de declarar. Así lo dispone reiterada jurisprudencia del TS.[16]

IV. EL DESCUBRIMIENTO DE LA IDENTIDAD DEL TESTIGO PROTEGIDO

Probablemente la cuestión más espinosa que se suscita en torno a los testigos protegidos es la relativa a la obligatoriedad de desvelar su identidad con anterioridad al inicio del juicio oral, si así lo solicitare alguna de las partes en su escrito de calificación, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen riesgo con el derecho de defensa de los imputados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio.[17]

La cuestión que ahora se somete a análisis deriva directamente de los términos en los que está redactado el artículo 4.3 de la LO 19/94, en cuya virtud:

"Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley".

Resulta, en definitiva, que el anonimato del testigo subsiste hasta el juicio oral si alguna de las partes solicita motivadamente que se desvele su identidad. Y en plena correspondencia con el precepto reproducido, la doctrina del TS y del TC ha venido estableciendo que no puede constituir prueba de cargo la declaración de un testigo cuya identidad sea desconocida por el Tribunal o por cualquiera de las partes, pues lo contrario sería tanto como desconocer el derecho del acusado a interrogar a los testigos

[16] STS de 23 marzo 2009, núm. 319, Ponente Marchena Gómez.

[17] Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-1-2015, nº 51/2015, rec. 10682/2014; ROJ: STS 373:2015, ECLI: ES:TS:2015:373; Pte: Granados Pérez, Carlos

de cargo, reconocido tanto por la legislación ordinaria y constitucional, como por los convenios internacionales suscritos por España.[18]

Asimismo, el TEDH ha declarado en numerosas resoluciones que, a pesar de la protección que debe dispensarse a los testigos cuya vida o bienes puedan correr peligro como consecuencia de su declaración, ello no puede prevalecer sobre los principios fundamentales que deben regir el procedimiento penal. Así, en las Sentencias de Kostovski, de 20 de noviembre de 1989 y de Windisch de 27 de septiembre de 1990[19], el TEDH ha considerado contrario al CEDH la condena del acusado sobre la base de declaraciones de testigos cuya identidad ha permanecido desconocida para el Tribunal o para la defensa. En el mismo sentido, pero en relación con el principio de contradicción e igualdad de armas procesales, en la Sentencia de LUDI, de 15 de junio de 1992, el TEDH estimó que la prueba debe practicarse ante el acusado en audiencia pública como garantía del pleno respeto de sus derechos de defensa.

De la doctrina jurisprudencial expuesta, así como del tenor literal del artículo 4 LO 19/1994 parece erigirse como norma general la imposibilidad de fundar una prueba de cargo sobre la base de un testimonio cuya identidad permanezca oculta. Sin embargo, posterior jurisprudencia del TS y del TEDH ha matizado esta doctrina en supuestos en que no podía determinarse que se produjera indefensión a la defensa, aun cuando la identidad de un determinado testigo permanecía oculta. En ese sentido, en la Sentencia de Wisser, de fecha 14 de febrero de 2002, y de Birutis, de fecha 28 de marzo de 2002, el TEDH ha dictaminado que el testimonio anónimo puede operar como prueba de cargo en aquellos supuestos en que el anonimato esté plenamente justificado y, además, la defensa pueda interrogar al testigo y comprobar la fiabilidad de su testimonio. Exactamente en el mismo sentido, y a través de una interpretación correctora del artículo 4 LO 19/1994, el TS, en sus Sentencias de 27 de marzo 2009[20] y 16 de abril de 2009[21] parece abrir la puerta a la posibilidad de que, en determinados supuestos debidamente justificados, la identidad del testigo pueda permanecer oculta y constituirse en prueba contra el acusado siempre que se den los siguientes requisitos: que se pueda comprobar la fiabilidad del testimonio y que éste no sea la única o decisiva prueba de cargo.

[18] Derecho reconocido en el art. 6.3 d) del Convenio de Roma, el art. 24 CE, y el art. 710 LECrim.
[19] Caso *Windisch contra Austria* , de 27 de septiembre de 1990
[20] LA LEY 67178/2009
[21] LA LEY 40423/2009

En la Sentencia del TS de 18 de junio de 2010[22], en la que se recoge toda la doctrina jurisprudencial existente hasta el momento, vuelve a matizarse la doctrina relativa al testigo anónimo y el TS termina concluyendo que, a pesar que el Tribunal esté facultado para permitir la declaración de testigos anónimos en circunstancias excepcionales, tal testimonio «habría de operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo».

Mas recientemente la STS 29 de enero de 2015 literalmente expresa: *"... En definitiva, como recuerda la STC. 8.4.2013, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración de un testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo, concurra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá por si sola o con un peso probatorio decisivo enervar la presunción de inocencia."*[23].

A este respecto cabe traer a colación que en el Seminario Valoración de la Prueba: Prueba Testifical, Pericial y Exploración de Menores (Madrid, del 26 al 28 de enero de 2011)[24], todos los asistentes consideraron que el Juez o Tribunal llamado a conocer del enjuiciamiento de la causa podrá denegar la solicitud de revelación de identidad del testigo protegido, siempre y cuando se cumplan unas condiciones o requisitos mínimos:

a) Que la denegación se haga a través de auto motivado;

b) Que la denegación se justifique en la existencia de un riesgo fundado y grave para la vida, seguridad o integridad del testigo, que aconseje el mantenimiento, durante la fase de plenario, de las medidas de protección acordadas por el Juez Instructor;

[22] LA LEY 113850/2010.

[23] Tribunal Supremo Sala 2ª, S 29-1-2015, nº 51/2015, rec. 10682/2014; ROJ: STS 373:2015, ECLI: ES:TS:2015:373; Pte: Granados Pérez, Carlos.

[24] Delgado Echevarría, C., Conclusiones del Seminario Valoración de la Prueba: Prueba Testifical, Pericial y Exploración de Menores. Madrid, del 26 al 28 de enero de 2011; Publicación: Valoración de la prueba: prueba testifical, pericial y exploración de menores; Colección: Conclusiones de Seminarios Nº volumen: 2 Año: 2011. CGPJ. Servicio de Formación Continua.

c) Que, en cualquier caso, esto es, aun sin desvelarse la identidad concreta del testigo, sí se permita a las partes examinar al testigo y someter sus declaraciones a adecuada contradicción.

1. Lectura de las declaraciones sumariales en los casos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Con carácter general, las pruebas deben ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el Juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción. No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. Una de las situaciones que puede darse es que los testigos protegidos desaparezcan antes del juicio y que los agentes no sepan cuál es su paradero cuando las partes los han propuesto como testigos. En estos casos es posible apelar a la lectura de las declaraciones sumariales, sin que ello suponga de ordinario la necesidad de tener que suspender el juicio si consta en las actuaciones cuáles han sido las medidas de localización efectuadas por los agentes para localizarlos.

La LO 19/94 establece en su artículo 4.5: *"Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se considerarán de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes".*

Tanto el TC como el TS se han pronunciado sobre los requisitos que condicionan la validez como prueba de cargo a declaraciones prestadas en fase sumarial, que la doctrina constitucional ha clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se

documenta, conforme al art. 730 Lecrim., o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador. Matizando asimismo que lo que la doctrina constitucional garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre y 142/2006, de 8 de mayo), por lo que el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando la efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, 187/2003, de 27 de octubre y 142/2006, de 8 de mayo).

La utilización de la vía del artículo 730 de la Lecrim., está establecida para los casos en que no siendo posible que se preste la declaración testifical en el juicio oral la imposibilidad se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles, es decir cuando, por causa independiente de la voluntad de las partes, una determinada diligencia no puede ser reproducida en el Juicio Oral. Así sucede en los casos de testigo fallecido o con enfermedad grave, en los casos de testigos en ignorado paradero o ilocalizables y en el caso de testigos en el extranjero, cuando pese a la vigencia de los tratados internacionales, su comparecencia no puede practicarse en el juicio oral (Sentencias de 26 marzo de 1995, 25 mayo de 1996, 27 diciembre de 1999, entre otras muchas, y entre las más recientes STS 365/2012, de 15 de mayo).

Consecuentemente, la jurisprudencia ha establecido que el Tribunal podrá tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando no sea factible lograr la comparecencia del testigo o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero. En tales supuestos, deben haberse agotado las gestiones, incluidas las policiales, para averiguar el paradero del testigo incomparecido y que sus declaraciones en el sumario hayan sido prestadas de manera inobjetable, con resultados concluyentes y con acatamiento de las normas que las regulan y sin merma alguna de los derechos fundamentales, especialmente del derecho de defensa con cumplimiento del principio de contradicción. Sumamente importante resulta pues cómo ha sido la redacción del oficio policial de las diligencias de busca y localización de los testigos protegidos y que el agotamiento de la investigación de su paradero ha resultado infructuoso, ya que la validez de la medida de

no suspensión del juicio dependerá de la redacción del oficio remisorio al Tribunal dando cumplimiento al requerimiento para que los agentes localizaran al testigo protegido, por lo que no puede darse por valido el testimonio de testigos protegidos, incomparecidos al plenario de no haberse adoptado las medidas adecuadas para hacerles comparecer, impidiéndose así a los defensores ejercer el derecho fundamental a interrogarles y repreguntarles.

2. Aplicación al agente encubierto de la LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales

Por medio de la reforma de la LECrim., operada por la LO 5/1999 de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, se introdujo en el ordenamiento jurídico español la figura del agente encubierto, completando así el régimen de protección previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos de causas criminales.

Tiene su antecedente en el Derecho alemán. El término "undercorver" o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito.

Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes para su descubrimiento, permitiendo recabar información sobre su estructura y modus operando, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos. (STS 1140/2010, de 29-12).

Señala RIFÁ SOLER[25] que la figura jurídica del infiltrado es uno de los instrumentos que el legislador ha considerado oportuno regular para afrontar, con el pleno respeto de las garantías que deben regir la investigación y el procedimiento penal, los problemas de muy diversa índole asociados a la delincuencia organizada, ya sea en relación con delitos en materia de drogas o en relación con otros ilícitos cuyo nexo

[25] RIFÁ SOLER, J.Mª., El testigo protegido y el agente infiltrado. Esta doctrina forma parte del libro "Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2011. LA LEY 17915/2011

común también es el *modus operandi* a través de organizaciones criminales. Así se deriva de la Exposición de motivos de la LO 5/1999, en la que se justifica la reforma sobre la base de dos motivos diferenciables a la vez que inescindibles: 1.º La importancia del crimen organizado en una sociedad globalizada como la actual, y, 2.º La necesidad de adaptar las técnicas tradicionales de investigación a las nuevas formas de comisión delictiva a través de entramados complejos organizativos.

El artículo 282 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, autoriza que los funcionarios de la policía judicial con identidad ficticia la mantengan a lo largo del juicio cuando deban testificar en el juicio y así lo acuerde el juez motivadamente. A estos efectos, resultará de aplicación lo dispuesto en la LO 19/94, de protección de testigos y peritos en causas criminales, pero es evidente que aquélla prevención supone un tratamiento diferente al agente encubierto del testigo protegido, toda vez que la declaración con identidad encubierta no supone el anonimato del testigo, sino tan sólo la ocultación de su identidad real, pero no la de aquélla bajo la cual se presentó ante el acusado, lo que no impide la contradicción de su testimonio ni la de la virtualidad probatoria del agente encubierto.

La cuestión que se suscita es hasta qué punto la posibilidad de mantener la identidad supuesta durante la declaración del agente encubierto en el juicio oral, no supone una extralimitación de las medidas dispuestas en el artículo 4.3 de la LO 19/94, por cuanto no sólo se restringe la visibilidad del testigo, sino que se permite el ocultamiento de la verdadera identidad del agente, pudiendo a llegar a pensarse que lo que posibilita la Ley es la declaración de un testimonio hasta cierto punto anónimo. Sin embargo la similitud entre el agente infiltrado y el testigo anónimo tampoco es total. El testigo anónimo se distingue por cuanto declara sin que la defensa pueda conocer su identidad, mientras que el agente infiltrado declara con una identidad que no es la suya, sino con una ficticia pero, al mismo tiempo, legal y conocida para los imputados por cuanto ha sido la única identidad con la que se han relacionado con el agente.

Como principio básico, señala RIFÁ SOLER que la utilización de la técnica del agente infiltrado no modifica la necesidad de que en la fase de juicio oral, durante la declaración testifical del agente, deban respetarse los principios y garantías que rigen el procedimiento penal. Ahora bien, el respeto ineludible de estos principios no puede conllevar un desconocimiento de la especial protección de la que precisa el agente una vez concluida la investigación policial y, por ello, debe determinarse en qué medida los

instrumentos legales al alcance hacen posible una ponderación de principios y bienes jurídicos que reconcilie la coexistencia de un juicio con todas las garantías y, al mismo tiempo, acorde con los principios de inmediación, contradicción e igualdad de armas, con la protección del agente infiltrado.

FUENTES

- ABELLA LÓPEZ, J., El derecho a conocer la identidad del acusador en el proceso penal. Condena basada en el testimonio anónimo. A propósito de la STC 75/2013, de 8 de abril, La Ley Penal, Nº 108, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Mayo-Junio 2014, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 2962/2014.

- ACEVEDO FRÍAS A.A., El delito de asociación ilícita. Problemas en la investigación y enjuiciamiento del mismo. Reformas necesarias y reformas previstas, Publicación: Novedades legislativas en el orden penal, Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 46 Año: 2009.

- DELGADO ECHEVARRÍA, C., Conclusiones del Seminario Valoración de la Prueba: Prueba Testifical, Pericial y Exploración de Menores. Madrid, del 26 al 28 de enero de 2011, Valoración de la prueba: prueba testifical, pericial y exploración de menores; Colección: Conclusiones de Seminarios Nº volumen: 2 Año: 2011.

- GARCÍA PÉREZ, J.J., Criminalidad organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español; Publicación: La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos; Colección: Cuadernos de Derecho Judicial Nº volumen: 2 Año: 2001.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., Entre el derecho de defensa y el derecho a la información: viejas y nuevas cuestiones sobre la publicidad de las actuaciones del proceso penal, Revista del Poder Judicial Nº volumen: 80 Año: 2005.

- LEAL MEDINA, J., El juicio de credibilidad en las declaraciones testificales. Elementos subjetivos y objetivos. Incidencia de la presunción de inocencia en los diferentes tipos de testimonios y problemas más frecuentes que plantea. Diario La Ley, Nº 8063, Sección Doctrina, 16 de Abril de 2013, Año XXXIV, Ref. D-139, Editorial LA LEY, LA LEY 1790/2013.

- MAGRO SERVET, V., La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria, La Ley Penal, Nº 54, Sección Práctica penal, Noviembre 2008, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 40112/2008.

- MAGRO SERVET, V., Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal, La Ley Penal, Nº 75, Sección Estudios, Octubre 2010, Editorial LA LEY, LA LEY 12920/2010.

- MIRANDA ESTRAMPES, M./ HERNÁNDEZ GARCÍA, J./ BACH FABREGO, R./SÁNCHEZ SISCART, M./ CAMARENA GRAU, S./ LÓPEZ ORTEGA, J.J./ ORTEGA LORENTE, J.M., Publicación: 113 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal; Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 31 Año: 2013.

- RIFÁ SOLER, J.Mª., El testigo protegido y el agente infiltrado, Esta doctrina forma parte del libro "Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial" , edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Julio 2011, LA LEY 17915/2011.

- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., Algunas cuestiones acerca de la protección de testigos en el proceso penal, Diario La Ley, Nº 7260, Sección Doctrina, 13 de Octubre de 2009, Año XXX, Ref. D-318, Editorial LA LEY, LA LEY 18008/2009.

* * * * * *

M.ª Adoración Ruiz Rodríguez
Socia Urbalex Abogados y AR. Despacho de Abogados. Talavera de la Reina (Toledo).
Socia FICP.

~La potestad sancionadora y su relación con el Derecho penal~

I. INTRODUCCIÓN

Desde muchos años atrás, varios juristas han tratado de resolver la problemática que trajo el acto de conceder a la Administración Pública parte del ejercicio del ius puniendi, estos problemas fueron abordados desde la doctrina, tomando diferentes perspectivas. Dentro de todos estos problemas, podemos mencionar la falta de claridad en la separación de loslímites de ambos poderes , la distinción material del ilícito penal y el administrativo y la falta de regulación de del ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración.

Para la presente comunicación, trataré de exponer la relación entre la Potestad Sancionadora de la Administración y el Derecho Penal, utilizando un método analítico-comparativo para criticar las diferentes posturas sobre el fundamento filosófico-jurídico de la Potestad Sancionadora y su relación con el Derecho Penal.

Además, analizare los Principios de ambas figuras y la forma en la que los principios del Derecho Penal se acomodan, necesariamente con ciertos matices, para conformar el conjunto de Principios que rigen la aplicación de la Potestad Sancionadora, analizando el fundamento de la relación de ambas potestades en el derecho peruano, para dar una aproximación a una delimitación dogmática del concepto de ambos ilícitos (penal y administrativo), de esta manera, limitar el ejercicio del legislador en su actividad tipificadora de conductas punibles.

II. LA POTESTAD SANCIONADORA Y EL DERECHO PENAL

1. Teorías sobre su relación, valoración

La primera postura que consideramos relevante es la del iusnaturalismo, postula la tesis del derecho penal de policía, trata de diferenciar la naturaleza de los “delitos naturales” (vulneración a un derecho subjetivo) y las infracciones (solamente un injusto policial, vulneración de una disposición que emana del Estado, por lo tanto no es un

injusto como el "delito natural"), las segundas, materia del denominado derecho penal de policía[1].

En lo referente a la distinción de los injustos, hay que señalar que en la tesis iusnaturalista, el derecho subjetivo del que se habla es aquel atribuido al ser humano en virtud de la naturaleza humana[2], donde el Estado se limita únicamente a reconocer ese derecho pero no lo crea, esta característica es esencial para la distinción, pues la infracción consiste en vulnerar una disposición que si ha sido creada por el Estado. Hay una diferencia más que señala Cordero,

"Las infracciones de policía son inventos de la policía reinante pro tempore, en cambio los preceptos del genuino derecho penal criminal rigen en todo lugar y todo tiempo"[3]

La segunda postura sumamente relevante, es la desarrollada por GOLDSCHMIDT, se supera la idea de que la Administración tiene a su cargo el resguardo de la seguridad jurídica y se concibe la idea de que la Administración debe asegurar el bienestar de la sociedad, en ese sentido, coloca al ser humano como parte de toda una comunidad y entiende que como tal, tiene deberes en el orden jurídico (que en última instancia dependen de su libertad) y deberes que provienen de la administración (contribuir al buen orden de la comunidad, en éste, el fin del derecho es promover el bien estatal)[4]. Una distinción más clara sobre la postura de Goldschmidt la tiene Juan Carlos CASSAGNE, señala que;

"existe una distinción cualitativa entre los delitos judiciales e infracciones administrativas, determinada por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido de un bien jurídico, en las infracciones se está ante la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la administración pública."[5]

Consideramos esencial esta diferencia entre lo que se vulnera en ambos injustos, esto pues por principio de lesividad del derecho penal, la intervención del Estado

[1] CORDERO QUINZACARA. El derecho administrativo Sancionador y su relación con el derecho penal. Revista Jurídica. 2012, p. 134.
[2] CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO. La dignidad como fundamento de los Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Palestra. Lima, 2012, p. 136.
[3] CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 135.
[4] CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica. 2012, p. 136.
[5] CASSAGNE. Derecho Administrativo Tomo II, p. 561.

únicamente es legítima en tanto se proteja un bien jurídico, sin embargo observamos un matiz en aquello que le daría legitimidad al uso de la potestad sancionadora, en el sentido que no se daña un bien jurídico, sino que se infringe un deber por el que todo ciudadano, por formar parte de una comunidad, debe cumplir[6]. En ese sentido, observamos una relación entre ambas potestades sancionadoras[7] y esta razón explicaría los matices de ambos principios, es necesario retener esta idea para sustentar la convergencia de principios.

Como último dato relevante para esta postura, es necesario mencionar lo expresado por Erik Wolf, luego de las diferentes críticas realizadas al derecho penal administrativo, el autor señala en lo referente al infractor, "el autor no es socialmente dañoso o peligroso, sino socialmente descuidado"[8]. Desde esta perspectiva, tenemos nuevamente un dato clave para afirmar la existencia de un matiz en la aplicación empírica de principios en la potestad sancionadora de la administración y en el derecho penal.

Finalmente, la última teoría a analizar es la tesis formalista, recibe ese nombre pues postula la idea de que no se puede hacer una diferencia sustantiva entre el derecho penal y la potestad sancionadora de la administración, sino que en esencia son lo mismo, pero la diferencia recae en sus factores externos. De esta manera formula la hipótesis de que infracciones penales stricto sensu pueden ser consideradas como infracciones administrativas si el legislador así lo desea, dependiendo para tal calificación únicamente de factores espaciales y temporales (esto en referencia a su sustancia), la diferencia entre ambas se encuentra en los elementos formales de las infracciones administrativas, las que son:

[6] El problema viene a ser entonces cuando se intenta sustentar la legitimidad de la intervención del ius puniendi del Estado por parte de la Administración y su potestad sancionadora, esto pues la intervención punitiva del Estado, en el entendido que restringe derechos, se ve legitimada porque existe un daño a un bien jurídico y el Estado debe protegerlo, de esta manera, la administración pública debería proteger al menos un bien jurídico para que se legitime su accionar restrictivo de derechos, pero Goldschmidt hace una división en bienes jurídicos primarios y secundarios, los bienes jurídicos secundarios, que protege la administración, son medio de resguardo directo de los primarios y en esa medida se afirma que en última instancia, la potestad sancionadora de la Administración protege bienes jurídicos. CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 137.

[7] En el mismo sentido: CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 137. Y MATTES. Problemas de derecho penal administrativo, Revista de derecho privado. Madrid. 1979, pp. 191 y ss.

[8] CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 138.

"a) Es una potestad entregada expresamente por el legislador, quien configura el ilícito, determina la sanción y entrega su conocimiento y determinación a la administración;

b) Está sujeta al régimen jurídico que es propio de la administración del Estado: el Derecho administrativo;

c) En su aplicación, se requiere de un procedimiento administrativo previo al cual se debe sujetar cada una de sus etapas;

d) La determinación de la infracción, la responsabilidad y la correlativa sanción se establece mediante un acto administrativo."[9]

Es innegable que este conjunto de elementos enunciados anteriormente conforman la potestad sancionadora de la Administración Pública, sin embargo, hay ciertas críticas que pueden hacerse a esta postura, con estas críticas vamos a afirmar la tesis que sostenemos.

Cordero señala que son dos las principales críticas elaboradas a esta postura, la primera afirma que la libertad del legislador para determinar las conductas que constituyen infracciones atenta contra la separación de poderes y la libertad de las personas.

La segunda crítica es la desconfianza en el legislador por la rigidez de las sanciones que aplique, en efecto, si el legislador delimita todo el ámbito de la potestad sancionadora de la administración, es probable que no se reconozcan garantías a los ciudadanos que sean sancionados.

Respecto a la primera afirmación de la primera crítica, se nota claramente en la mayoría de los sistemas jurídicos que los ilícitos penales son producto de leyes, por lo tanto, siguiendo la lógica ab maioris ad minus[10], evidentemente el legislador podría determinar los ilícitos administrativos, sin embargo es necesario hacer un matiz en esta afirmación, en el entendido de que el legislador, al determinar delitos, tiene siempre un límite en los principios fundantes del derecho penal y además debe proteger un bien jurídico, precisamente por eso, es que si el legislador va a determinar infracciones administrativas, debe tener límites, al menos, en principios fundantes del derecho penal

[9] CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 139.
[10] RUBIO CORREA. El Sistema Jurídico. Fondo editorial de la PUCP, 10° Ed., Lima, 2009, pp. 273-274.

y además debe proteger un bien jurídico, empero, si es una potestad menor a la penal, los principios deben matizarse para ser utilizados correctamente como límites (informados por los principios del derecho administrativo), pero el problema radica en el hecho de que el legislador proteja unbien jurídico merecedor de tutela penal (más agresiva y por ende de ultima ratio) solamente con tutela administrativa, quedando el bien jurídico desprotegido, y viceversa, un bien jurídico que se protege eficientemente con la potestad sancionadora de la Administración, sea protegido con tutela penal (vulnerando también el principio de derecho penal ultima ratio), el riesgo aumenta si es que la distinción, la va a realizar el legislador por factores espaciales y temporales, maximizando la posibilidad de error al no sustentarse en un criterio sustancialmente diferenciador de ambos ilícitos.

Por lo dicho anteriormente, se evidencia la clara facultad del legislador para determinar infracciones administrativas (apegándose a su respectivo límite), esta idea se reafirma si entendemos que el principio de separación de poderes no significa separación absoluta, esto sería absurdo, sino que verdaderamente significa relación entre poderes, sin embargo hay que resaltar también la existencia de un riesgo si es que no determina los ilícitos basándose en una diferencia sustancial. Sobre la segunda crítica, hay que referir nuevamente que la potestad sancionadora no es ilimitada, precisamente por esto, al descubrir cuáles son los principios que limitan esta potestad, entendemos que son datos que no pueden vulnerarse en el ejercicio de la imposición de sanciones, de esta manera, establecer diferencias entre delitos e infracciones administrativas, es vital para establecer cuáles son los límites.[11]

2. Diferencias y crítica valorativa

Una vez expuestas las principales posturas sobre la relación entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, haremos un análisis de las diferencias entre aquellas, a manera de delimitar la postura que nos parece la que más se asemeja a la verdad de las cosas, de esta manera, plantearemos una postura que sustentaría la relación y diferencia sustancial entre ambos derechos.

La diferencia genérica que podemos encontrar entre ambas tesis es que la tesis iusnaturalista y la tesis del derecho penal administrativo (de Goldschmidt), abordan la diferencia de ambas potestades sancionadoras (la penal y la administrativa) desde un

[11] CORDERO QUINZACARA. Revista Jurídica, 2012, p. 140.

punto de vista sustancial, a diferencia de la tesis formalista que aborda el tópico desde el ámbito externo y meramente formal de ambas potestades.

Corresponde ahora delimitar una diferencia más específica entre las dos tesis sustanciales. Tenemos que indicar que la primera diferencia estaría en la fuente de determinación de lo injusto, en el entendido de que la infracción a la ley de policía es el incumplimiento de una disposición del Estado, pero en esta disposición, no se afirma la necesaria protección de un bien jurídico determinado, sin embargo, en la tesis del derecho penal administrativo, el injusto es la infracción al deber de contribución que todo ciudadano tiene con el Estado, que protege como se ha señalado líneas arriba, bienes jurídicos secundarios, en tal medida se puede afirmar que no se vulnera una disposición en sentido estricto, sino un deber general del ciudadano que se encarga de proteger, en última instancia, bienes jurídicos, por lo tanto, un accionar legítimo del ius puniendi del Estado sería la tesis del derecho penal administrativo.

Mencionamos supra que una de las críticas hechas a la tesis formalista es que la libertad del legislador para determinar las infracciones administrativas y su respectiva sanción (sanción entendida como medida restrictiva de derechos), podrían vulnerar los derechos del ser humano, específicamente su libertad. Para García Pullés, el papel del legislador es en la realidad, la consecuencia de la falta de determinación de conceptos jurídicos que permitan diferenciar sustancialmente los ilícitos administrativos de los ilícitos penales[12], en este sentido, concluye que "*la categorización de una conducta como constitutiva de delito o de una contravención administrativa es cuestión derivada al exclusivo análisis político del legislador*".[13]

Más aún, esta legítima preocupación es considerada como una premisa necesaria de pronta solución, sin embargo, García Pullés propone la solución de la falta de diferencias sustanciales entre faltas y delitos se puede subsanar con el "*régimen jurídico circundante"*

[12] NATÁN LICHT. La potestad sancionatoria de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa. Editorial el Derecho, p. 702.

[13] GARCÍA PULLÉS. La distinción entre delitos y faltas, el régimen jurídico circundante, una nueva y acertada doctrina de la Corte. Universidad de Buenos Aires, p10.

III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

1. Principio de intervención mínima

Este principio implica, por un lado, que el Derecho Penal y en su consecuencia la sanción penal que es la más grave de la que dispone el Estado, no debe utilizarse cuando existe la posibilidad de utilizar otros instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico violado. La pena debe utilizarse solamente cuando no haya mas remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección.

Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política Social, Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles(por ejemplo: reparación de daños y perjuicios), y administrativas (multas, sanciones disciplinarias),. Solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficientes estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad.

Por otro lado, este principio implica que cuando el derecho penal intervenga de ser para la protección de aquellos intereses mayoritarios y necesarios para el funcionamiento del Estado de derecho. A veces estos intereses serán derivaciones de derechos humanos(por ejemplo, la vida y la integridad física), y otras serán simplemente piezas necesarias para el funcionamiento de la relación social (por ejemplo, la honestidad de los funcionarios públicos). Cuando estos intereses de diverso origen son reputados como imprescindibles en el máximo grado se trasformarán en bienes jurídicos penalmente tutelables (principio de la exclusiva protección de los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad).

2. Principio de legalidad

a) El monopolio de la ley como fuente del Derecho Penal

La teoría de la ley como única fuente del Derecho Penal, defiende que no hay otra fuente de la citada rama del ordenamiento jurídico que la ley positiva, esto es, de la ley escrita, que haya sido producida por los órganos competentes de la comunidad: por tanto, un reglamento u orden inferior no podrán constituir fuente de Derecho Penal,

Este principio puede anunciarse diciendo que ” no puede imputase a nadie un delito que no haya sido establecido por Ley con anterioridad a su perpetración”

b) Su consagración en el Derecho Penal español

Del principio de legalidad se derivan cuatro garantías: Criminal, penal, procesal o jurisdiccional y penitenciaria o de ejecución:

1) Garantía Criminal: en la actualidad el artículo 25 de la Constitución establece que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. A su vez el artículo 10 del Código Penal establece que "son delitos o, faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley".

2) Garantía Penal: según el artículos 2, párrafo 1 del Código Penal, "no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior, a su perpetración.

3) Garantía procesal o Jurisdiccional: el artículo 24 de la Constitución establece que "todos tienen derecho … a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías… A su vez, el artículo 3, párrafo 1 del Código Penal, "no podrá ejecutarse pena ni, medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme",

d) Garantía de ejecución o penitenciaria: La Constitución, prescribe, en su artículo 25 que "el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo misma, gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria". El artículo 2 párrafo 2 del Código Penal establece que " tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, no con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto".

c) Principio de legalidad y la irretroactividad de las leyes penales

Las leyes penales, lo mismo que las demás normas legislativas, se proyectan siempre hacia el futuro, disciplinando tan solo aquellos actos humanos realizadas con posterioridad a su nacimiento.

El artículo 25, párrafo primero de la Constitución dispone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento". Y en el propio Código

Penal, que en su artículo 1, párrafo 1 señala que "no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración".

En cuanto al principio dé irretroactividad, en el artículo 2, párrafo 2 del Código Penal, a cuyo tenor" tendrá efecto retroactivo las leyes penales que favorezcan al reo aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena, en caso de duda sobre la determinación de la ley favorable, será oído el reo".

3. Principio del hecho

Según el mismo, el Derecho Penal actúa cuando se ha realizado una acción, en sentido amplio, Por un sujeto. Esto implica que se excluye del mismo la fase interna, de ideación, deliberación y resolución. Es necesario que la resolución delictiva se exteriorice mediante una acción en el mundo exterior, para a partir de ahí intervenir el Derecho Penal.

4. Principio del bien jurídico

El Derecho Penal protege determinados bienes jurídicos (los más importantes, tales como la vida, la integridad física, etc), y solo debe tipificarse como delito su lesión efectiva o potencial, a través de una acción u omisión, dolosa o culposa.

5. Principio de culpabilidad

Es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujetó por delitos ajenos; y en segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, sino solo conductas y hechos; y en tercer lugar, es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso), o haya podido preverse y evitarse (que pueda existir culpa o imprudencia). Este principio será estudiado más detenidamente en otro tema.

6. Principio de proporcionalidad

Consiste en la exigencia de que la pena esté proporcionada a la gravedad del hecho cometido. Viene reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

7. Principio de resocialización

El artículo 25, párrafo 2 de la Constitución, al decir que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad serán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados" lo consagra.

8. Principio de humanidad de las penas

En la historia penal se pasó de un sistema que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro cuya espina dorsal ha sido las penas privativas de libertad. Las penas corporales desaparecieron primero. La pena de muerte va siendo abolida en los últimos tiempos en muchos países civilizados. Se aprecia una importante y progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas como la multa, y hasta por otras medidas consistentes simplemente en el cumplimiento de la pena o de su propia imposición, o incluso en la renuncia a toda pena.

IV. CONVERGENCIA SUSTANCIAL DE LOS PRINCIPIOS

1. Convergencia y Fundamento

Hasta este momento, hemos analizado las diferentes posturas sobre las diferencias sustanciales y formales del derecho penal y el derecho administrativo sancionador, corresponde entonces sustentar que los principios de ambas potestades convergen en un mismo sentido, de esta manera sentar las bases para determinar que hay una unión entre ambas partes del ius puniendi del Estado.

Como se ha venido sosteniendo hasta este momento, el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son partes de la facultad punitiva del Estado, es evidente, no hay forma de argumentar una separación absoluta o total independencia del derecho administrativo sancionador respecto del derecho Penal, al hacer esto caeríamos en el fenómeno de la despenalización del derecho administrativo[14].

A este respecto, CASSAGNE señala que en la aplicación del derecho administrativo sancionador, se deben respetar, al menos, la garantía a un control judicial suficiente y observar las garantías del debido proceso.

[14] CASSAGNE. Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Abeledo-Perrot, pp. 563-564. Y ROCHA PEREYRA. Sobre el Derecho Administrativo sancionador, Revista derecho administrativo, 2003.

Por lo tanto, si es que no es posible afirmar una separación absoluta sin que confluyan los riesgos mencionados anteriormente, tampoco se puede dejar al libre albedrío del legislador la tipificación de conductas consideradas como infracciones administrativas[15], de esta manera, debemos entender que es necesario darle una justificación a la aplicación del Derecho Penal y que esta se haga extensivo al Derecho Administrativo Sancionador.

V. CONCLUSIONES

Las diferentes teorías expuestas arriba tienen diferentes perspectivas al momento de analizar la distinción de los ilícitos penales y los ilícitos administrativos, desde perspectivas sustanciales a perspectivas formales, corresponde haber criticado estas tesis en busca de la verdad, para solucionar las problemáticas que develan.

Las tesis expuestas anteriormente develan diferencias y similitudes entre sí, no obstante algunas son esenciales y por lo tanto no es admisible adoptar únicamente una tesis, más aún, al establecer diferencias y similitudes nos acercamos a descubrir la postura que resuelve mejor el problema.

Afirmar que hay una separación absoluta entre ambas potestades es erróneo, no se puede sostener una individualización absoluta del derecho penal y el derecho administrativo sancionador en la medida en que afirmemos que ambas provienen de la misma fuente, el ius puniendi del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

CORDERO QUINZACARA. El derecho administrativo Sancionador y su relación con el derecho penal, Revista jurídica, 2012.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO. La dignidad como fundamento de los Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. Editorial Palestra 2012.

CASSAGNE. Derecho Administrativo, Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot.

MATTES. Problemas de derecho penal administrativo, Revista de derecho privado. Madrid. 1979, pp. 191 y ss.

RUBIO CORREA. El Sistema Jurídico. Fondo editorial de la PUCP, 10°, 2009.

NATÁN LICHT. La potestad sancionatoria de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa. Editorial el Derecho.

[15] Cassagne. Derecho Administrativo Tomo II, Pag.564, editorial Abeledo-Perrot

ROCHA PEREYRA. Sobre el Derecho Administrativo sancionador, Revista de Derecho administrativo, 2003.

* * * * * *

Joana Ruiz Sierra

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia FICP.

~El delito de *stalking*~

Sumario.- El nuevo delito de stalking u hostigamiento. Su necesidad, su finalidad y sus requisitos, a la luz de la primera sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo.

Palabras Clave. Acoso, alteración vida cotidiana, reiteración e insistencia.

Índice.- I. Introducción. II. Objetivo del artículo 172 ter del Código Penal. III. Antecedentes históricos. Artículo 172 ter Código Penal. IV. Bien jurídico protegido. V. Conducta típica. 1. Vigilar, perseguir o buscar la cercanía física de la víctima. 2. Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3. Usar indebidamente sus datos personales para la adquisición de productos o mercancías, o contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con la víctima. 4. Atentar contra la libertad o el patrimonio de la víctima o de alguna persona próxima a la víctima. 5. Ejemplos de Ciber-acoso o cyberstalking. VI. Pena del delito de acoso. VII. Requisito de procedibilidad. Concurso de delitos. VIII. Sentencias relativas al delito de stalking. 1. Sentencia del Juzgado de Instrucción número 3 de Tudela (Navarra) del 23 de marzo de 2016. 2. Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo STS 324/2017 fechada el 8 de mayo de 2017. 3. Otras sentencias relacionadas con este delito. a) Escraches. b) El amor obsesivo. c) Atenuante de enamoramiento**.** IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

"Estuvieron juntos solo un fin de semana, pero él se obsesionó con volver a tener una cita con ella y declararle su amor eterno. Merodeaba su portal, le llamaba insistentemente, le perseguía hasta el punto que tuvo que cambiar de domicilio, y un día se presentó en la peluquería en la que trabajaba con un ramo de flores mientras le repetía "mírame a los ojos y dime que no me quieres". La víctima, que vivía con miedo y ansiedad, lo denunció por acoso[1].

"... mujer que había roto con su pareja hacia un par de años. Este no aceptaba la ruptura, y acudía cada día al centro comercial en el que trabajaba, se colocaba largo tiempo frente ella (lo que provocaba comentarios de compañeros y jefes), y luego la esperaba en el parquing del mismo"[2].

Éstas son solo alguna de las muchas historias que sufren las víctimas de este tipo de acoso (la casuística es infinita), conocido con el vocablo inglés stalking, también hostigamiento o incluso acecho. Al principio puede resultar halagador que una persona

[1] Noticia publicada en El País digital el 5 mayo de 2017 por ESTEBAN, P, Madrid (verificado el 30.08.2017) https://economia.elpais.com/economia/2017/05/08/mis_derechos/1494231449_320261.html

[2] CORNEJO, G, Confilegal, el 19 de febrero de 2017 (verificado el 30.08.2017) https://confilegal.com/20170219-cuando-delito-las-llamadas-mensajes-presencia-sin-exista-medida-previa/

esté pendiente de ti, pero cuando esa situación se convierte en su obsesión por tenerte bajo su control, tu vida puede resultar difícil.

Hasta el año 2015 con la introducción del artículo 172 ter del Código Penal, estas situaciones no recibían una adecuada respuesta por nuestro legislador, resultando en la mayoría de las ocasiones impunes, o todo lo más unas coacciones o vejaciones de carácter leve.

Este tipo penal surge por una decisión político criminal de salvaguardar un bien jurídico que hasta ese momento estaba falto de tutela penal, siendo muy frecuente en el ámbito de lo que se conoce como violencia de género.[3]

Los siguientes apartados de este trabajo tras describir la razón u objetivo perseguido por este novedosos delito, analizaré la estructura del mismo para terminar, con un breve examen de resoluciones judiciales, destacando la reciente sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo Sala Segunda 324/2017 en casación número 1775/2016, de 8 de mayo de 2017[4] que de forma gráfica señala, al rechazar la inadmisibilidad del recurso de casación solicitada por el Ministerio Fiscal, … *un no desdeñable interés casacional. Estamos ante una norma penal en fase de rodaje...*

II. OBJETIVO DEL ARTÍCULO 172 TER DEL CÓDIGO PENAL.

El artículo 172 ter está ubicado en el capítulo III del título VI del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad, recoge por primera vez en nuestro derecho el delito de stalking o también conocido como el delito de acoso. Ello tras la reforma del Código Penal (CP) operada por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo, siendo su entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

De forma gráfica el Preámbulo de la citada Ley Orgánica[5] nos indica el propósito de este nuevo tipo penal que no es otro que ofrecer sanción penal, a aquellas conductas que estaban huérfanas de protección penal[6].

---

[3] TORRAS COLL, J.M, El delito de stalking. Breves consideraciones, El Derecho Penal, 24.05.2017 (verificado 30.08.2017) www.elderecho.com

[4] Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo Sala Segunda 324/2017 en casación número 1775/2016, de 8 de mayo de 2017, (verificado 30.08.2017) Roj: STS 1647/2017 – ECLI:ES:TS:2017:1647 www.poderjudicial.es

[5] BOE núm. 77, de 31.03.2015 www.boe.es

[6] Literalmente *"...esta destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones)*

Por lo que, con esta nueva tipificación se pretende poner fin a la impunidad de estas actuaciones, recogiendo el desvalor específico de este tipo de acciones que hasta la reforma no encontraban un correcto encaje legal, y que no era suficiente ni se daba una respuesta adecuada tratando de castigarlas mediante la aplicación del delito de coacciones del artículo 172.2 o como vejaciones leves o amenazas del artículo 620 CP (hoy derogado), y para los actos más graves caso de molestias o amenazas continuadas capaces de producir en la víctima un nivel de humillación elevado y grave se consideraba como un delito contra la integridad moral del artículo 173 CP[7].

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. ARTÍCULO 172 TER CÓDIGO PENAL.

Según la STS 324/2017 del Pleno, la primera ley antistalking se sitúa en California en 1990, extendiéndose por el resto de los estados que conforma USA. Y ya en el año 1996 no solo existe una legislación específica en cada uno de ellos, sino también un delito federal.

A ello le siguen otros países de tradición jurídica anglosajona, como Canadá, Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda. Posteriormente, se suman también países de tradición jurídica continental como Alemania (Nachstellung), Austria (behrrliche Verfolgung), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (atti persecutori). Y finalmente España ha acabado de incorporarse al creciente listado de países que cuentan con este delito.

El artículo 172 ter del CP sanciona las conductas que se lleven a cabo de forma insistente y reiterada sobre las víctimas, pretendiendo menoscabar la libertad y el sentimiento de seguridad de las mismas, a la cual se la somete a persecuciones o vigilancias constantes, a llamadas reiteradas u otros actos continuos de hostigamiento[8].

Literalmente el mencionado precepto dispone:

"1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

[7] DOVAL PAIS, A, Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad, Aranzadi, 2015, pp. 6 y ss

[8] TORRAS COLL, J.M, El delito de stalking. Breves consideraciones, El Derecho Penal, 24.05.2017 (verificado 30.08.2017) www.elderecho.com

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal[9]*."*

Por lo que podemos, a la vista del citado precepto, concluir tal y como dice nuestro Tribunal Supremo[10] que nos enfrentamos a una materia a resolver caso por caso, donde *...se pueden ir tejiendo unos trazos orientativos que vayan conformando los contornos de esa tipicidad en la que se echa de menos la deseable, aunque a veces no totalmente alcanzable, taxatividad...*

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO[11]

En unos países el bien jurídico protegido es la seguridad, exigiendo en la conducta del sujeto activo una aptitud para causar temor, desasosiego... en la víctima; en otros,

[9] Verificado el 30.08.2017 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444

[10] Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo Sala Segunda 324/2017 en casación número 1775/2016, de 8 de mayo de 2017, (verificado 30.08.2017) Roj: STS 1647/2017 – ECLI:ES:TS:2017:1647 www.poderjudicial.es

[11] ESTEBAN, P/FH, C, El nuevo delito de acoso ilegítimo o stalking, Noticias Jurídicas redacción, Madrid, 1-04-2016, pp. 1 ss.

como el nuestro, es la libertad del sujeto pasivo la que queda maltratada condicionando sus costumbres o hábitos.

En particular y a la vista del precepto legal, es la libertad de obrar, la que se ve afectada o limitada por alguna de las cuatro conductas que recoge el artículo 172 ter del CP. Si bien en la exposición de motivos transcritas parecería un tipo penal mixto que protege tanto la libertad de obrar como la seguridad.

Cabe añadir que también pueden verse afectados otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el acoso.

En todo caso, solo serán relevantes desde el punto de vista penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo y no el sentimiento de temor o molestia.

V. CONDUCTA TÍPICA[12]

Se castiga el acoso, llevando a cabo de forma reiterada e insistente y sin estar legítimamente autorizado la realización de alguna de las cuatro conductas que recoge el precepto alterando gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1. Vigilar, perseguir o buscar la cercanía física de la víctima.

Se incluyen conductas de proximidad física como de observación a distancia mediante dispositivos electrónicos como GPS, cámaras de vídeo vigilancia, geolocalización a través de WhatsApp, Facebook, etc...

Son conductas encaminadas, al establecimiento de un acercamiento al espacio físico de la víctima por parte del acosador, que no tratan de pasar inadvertidas, sino que se pretende que dicha situación sea conocida y percibida por el acosado, quien se ve perturbado en su vida privada.

2. Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

Se incluye la tentativa de contacto.

[12] Confróntese con OLIVAS, T, Nuevo delito de acoso en la vida privada: conductas punibles, Legal Today, Penal, 15-12-2015, (verificado el 30.08.2017) http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/nuevo-delito-de-acoso-en-la-vida-privada-conductas-punibles

El envío de correos electrónicos constantes y repetitivos con el fin de vencer la oposición de la víctima y retomar la relación; mensajes en redes sociales de carácter amenazante, entradas en páginas web personales o profesionales para difamar o atentar contra la dignidad u honor de la víctima.

A diferencia del primer tipo de conductas donde se creaba una atmósfera caracterizada por un elevado grado de incertidumbre y de ambigüedad entre acosador-víctima, en este segundo tipo de conductas, la presencia del acosador se encuentra en el círculo habitual de la víctima o a través de terceras personas. El autor pretende con su conducta una cercanía y un contacto directo con su víctima u otro acercamiento alternativo, por vía de terceras personas, amigos, familiares o personas conocidas de ambos, teniendo plena certeza el acosador de que cualquier tipo de mensaje o comunicación le llegará a la víctima a través de estos terceros.

3. Usar indebidamente sus datos personales para la adquisición de productos o mercancías, o contratar servicios, o hacer que terceras personas se pongan en contacto con la víctima.

Supuestos en los que el sujeto activo publica un anuncio en internet, por ejemplo, ofreciendo algún servicio (venta de un coche, ofrecerle como profesor particular, servicios sexuales…) que provoca que la víctima reciba múltiples llamadas.

Con este tercer tipo de conductas no se trata de establecer una cercanía física (primer supuesto) o de crear un entorno de violencia psicológica o de intimidación desde la lejanía a la víctima (segundo tipo) sino que la atención del acosador se va a centrar en el posible perjuicio que pueda causarle de forma personal a las víctimas, ya sea desde dentro del ámbito de la utilización de sus datos personales o con la realización de actuaciones que vayan encaminadas a perjudicarle dentro de su esfera patrimonial.

En este marco, es donde encontramos conductas que pueden, llegar a poder incardinarse, en el delito de la usurpación o incluso en una posible estafa.

Ejemplos: la contratación de servicios de diversa índole a nombre de la víctima, adquisición de productos (beneficiándose el autor), constituyéndose como una posible revancha o venganza por parte de la ex pareja, o incluso como forma de liquidar posibles deudas existentes entre ambos.

4. Atentar contra la libertad o el patrimonio de la víctima o de alguna persona próxima a la víctima.

No se especifica qué clase de atentado, es decir, si se trata de los ya tipificados en el Código Penal, o si se incluyen también conductas no tipificadas como delito.

Alguna parte de la doctrina defiende la inclusión de la amenaza de atentado a la libertad, y de la amenaza, de atentado contra la vida y la integridad física. Pese a que estos delitos ya se encuentran tipificados en el correspondiente delito de amenazas o coacciones, también es cierto que lo están en los correspondientes delitos contra el patrimonio y contra la libertad.

Será la propia elaboración jurisprudencial la que marque los márgenes de su incardinación de las conductas punitivas.

5. Ejemplos de Ciber-acoso o cyberstalking[13].

Requieren una especial atención por su trascendencia. Hoy, es el acoso más habitual en el ámbito jurídico, pudiendo adoptar cualquiera de las conductas previstas en el artículo 172 ter CP.

Las nuevas tecnologías y las redes sociales, facilitan que se puedan realizar, por un lado, con un mayor grado de opacidad por parte de su autor estas conductas delictivas, y por otro lado, el impacto personal y social que puedan tener en la víctima, aumenta de forma exponencial, a las antiguas técnicas de acoso.

Los actos realizados por el autor pueden abarcar un amplio espectro de maniobras por parte del acosador, propias del primer ordinal, tales como vigilancia y persecución, que se pueden materializar a través de la utilización de dispositivos como GPS, o la utilización de programas específicos a través del terminal telefónico o en ordenadores personales, incluso la utilización de cámaras-espías.

Las conductas que formarían parte de las contempladas en el apartado 2, como ponerse en contacto con la víctima, así el envío de correos electrónicos de una forma reiterada y abusiva, con un contenido amplio con mensajes o archivos diversos, con inclusión de amenazas, fotografías/ imágenes de carácter personal de la víctima, pudiendo llegar a tener un contenido sexual; la utilización de las diferentes redes

[13] OLIVAS, T, Nuevo delito de acoso en la vida privada: conductas punibles, Legal Today, Penal, 15-12-2015, (verificado el 30.08.2017) http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/nuevo-delito-de-acoso-en-la-vida-privada-conductas-punibles

sociales para hacerse pasar la misma, y propiciar una situación de caos en torno a la ella, con inclusión de información falseada, exposición de fotografías o imágenes de aquella e incluso la suplantación de su personalidad y actuaciones en su nombre con la clara finalidad de despretigiarla en aquellas redes de las que forma parte y perjudicar su credibilidad.

Dentro de las conductas relatada anteriormente punto 3 y 4, estarían las prácticas por parte del acosador encaminadas a perjudicar al acosado, mediante el envío de virus informático con el fin de dañar el hardware o el software de éste, o la entrada en sus cuentas privadas de correo electrónico o de otras redes sociales; los programas introducidos en los soportes físicos (ordenadores o terminales móviles) o en las cuentas de correo electrónico, para espiar todos los movimientos de la persona que sufre el acoso (relacionado con la conducta primera).

Efectos del ciber-acoso:

1. El infractor se siente impune, anónimo en la medida en que no se produce un contacto directo con el perjudicado.
2. En el lado del hostigado, la difusión pública del acoso que permiten las TIC,s[14] supone una invasión de la intimidad personal de la víctima, una sensación de desprotección en la misma, una invasión de su vida privada, incluyendo la falta de control de la misma, en la que sólo deberían tener acceso aquellas personas a las que ella deseara darles acceso.
3. La situación de desamparo no parece verse apoyada por la posible "respuesta legal", como mecanismos de cierre y bloqueo de las distintas actuaciones en redes sociales, para atenuar y amparar el derecho de la víctima a terminar con dicho hostigamiento por parte del autor.

VI. PENA DEL DELITO DE ACOSO.

Con carácter general, la pena es de prisión de tres meses a dos años o bien, multa de seis a veinticuatro meses.

[14] Abreviatura de Tecnologías de la Información y Comunicación, como conjunto de servicios, redes, software y aparatos, término referente a la informática conectada a internet, sobretodo en su aspecto social

Cuando se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena agravada de prisión de seis meses a dos años. No se prevé la posibilidad de la pena de multa.

Por último, el legislador ha introducido una especialidad propia del acoso en materia de violencia de género y doméstica, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173 CP15. En estos supuestos, se aplica la pena de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad. Prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta días a ciento veinte días.

VII. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. CONCURSO DE DELITOS.

De acuerdo con el artículo 172 ter en su apartado 4, es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Por el contrario, no se requerirá denuncia previa cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP, ya visto en el apartado anterior.

El apartado 3 refiere que las penas se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretados los actos de acoso. Entran en juego por ello las normas del concurso de delitos. Quedaría por perfilar si integrarían este delito los actos ya juzgados o ya prescritos que permiten calificar la conducta como de acoso.

VIII. SENTENCIAS RELATIVAS AL DELITO DE STALKING.

1. Sentencia del Juzgado de Instrucción número 3 de Tudela (Navarra) del 23 de marzo de 2016[16].

Fue la primera sentencia por delito de stalking. En ella se analizó los requisitos y características de este delito, exigiéndose:

1. que se tratara de un patrón de conducta, descartándose por tanto actos aislados,
2. que existiera una estrategia sistemática de persecución, integrada por diferentes acciones dirigidas a lograr una misma finalidad, y,

[15] Estos son el cónyuge del autor, o la persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; sus descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; o los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o se hallen sujetos a su potestad o tutela …

[16] Diligencias Urgentes juicio rápido por delito nº 260/2016, sentencia de 23 de marzo de 2016, (verificado 30.08.2017) www.poderjudicial.es

3. que este comportamiento alterara gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima.

En esta sentencia se condenó (por conformidad del acusado) por el artículo 172 ter del CP, al autor por alterar la vida de una mujer mediante llamadas telefónicas y el envío de fotografiaras, audios y textos, estos últimos de contenido sexual.

2. Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo STS 324/2017 fechada el 8 de mayo de 2017[17].

El Tribunal Supremo se ha pronunciado por primera vez, en esta sentencia de 8 de mayo de 2017, sobre la necesidad de que el acoso insistente de una persona hacia otra se extienda en el tiempo y obligue al acosado a introducir cambios en su vida cotidiana para que exista el delito de hostigamiento.

En la propia sentencia se afirma que ni se dará respuesta a la rica y casi infinita casuística, ni se zanjará la significación exacta de algunos de los conceptos que maneja el precepto como son: reiteración, insistencia, alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana.

Pero sí se puede aportar pautas orientadoras para supuestos que no siendo iguales sí pueden ser semejantes.

Estima que *"no bastan por ello unos episodios, más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no comporten repercusiones en los hábitos de la víctima"*.

Exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo o, al menos, que "*quede patente, que sea apreciable, voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima"*.

Los hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Penal número 33 de Madrid, ratificados por la Audiencia Provincial de Madrid sección 27 describían cuatro actos de hostigamiento en el plazo total de una semana:

V. el primero, consistió en llamadas telefónicas no contestadas que se suceden hasta la 1:30h de la madrugada, con envío de mensajes de voz y fotos del antebrazo del

[17] Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo Sala Segunda 324/2017 en casación número 1775/2016, de 8 de mayo de 2017, (verificado 30.08.2017) Roj: STS 1647/2017 – ECLI:ES:TS:2017:1647 www.poderjudicial.es

acusado sangrando y con la advertencia de su propósito de suicidarse si no era atendido, en actitud inequívocamente acosadora y de agobiante presión.

VI. El segundo, en el intento de entrar en el domicilio de la víctima también de forma intimidatoria y llamando insistentemente a los distintos telefonillos de la finca en las horas inmediatamente siguientes.

VII. Una semana más tarde, el acusado volvió al domicilio de la víctima profiriendo gritos, reclamando la devolución de objetos de su propiedad.

VIII. Y al día siguiente, se acercó a la mujer en el centro de educación al que ambos acudían y donde coincidían, exigiéndole la devolución de una pulsera.

Explica el ponente DEL MORAL GARCÍA, A, en su sentencia, que en la secuencia de conductas no se aprecia la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal de estas acciones se agota en la aplicación del tipo de coacciones: la proximidad temporal entre los cuatro episodios; la calma durante el periodo intermedio; la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden a los magistrados estimar que se ha producido el resultado que reclama el tipo penal, como es "*la alteración grave de la vida cotidiana*", que podría cristalizar, por ejemplo, en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio.

"*No hay datos en el supuesto presente para entender la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal. El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar, sus hábitos cotidianos*".

¿Cómo valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima? Atendiendo al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica...).

Y por último, reitera que "*No es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana*".

3. Otras sentencias relacionadas con este delito.

a) Escraches[18]

Estos actos no son una forma de acoso. Ya el Juzgado de Instrucción número 4 de Madrid, al resolver el caso de la manifestación de diferentes ciudadanos frente al domicilio de la Vicepresidenta del Gobierno por el asunto de los desahucios, afirmó que son una manifestación del derecho de libertad de expresión garantizado por nuestra constitución.

b) El amor obsesivo[19]

El amor obsesivo se identifica científicamente con un estado pasional muy intenso.

Diversos casos mediáticos como el "caso Malaya" o el "caso Noos", la defensa introducía en su argumentación el estado de enamoramiento del acusado, un estado que les hacía confiar ciegamente en su pareja. Pero, tal y como han explicado los tribunales, el enamoramiento, en sí mismo, no provoca la anulación de la voluntad de la persona, que es capaz de percatarse de la ilicitud de sus actos y de actuar en consecuencia.

Otra cuestión es que el acusado sufra una patología concreta. Por ejemplo, nuestros tribunales sí han admitido el "delirio erotomaníaco", trastorno mental en el que una persona mantiene la creencia ilusoria de que otra persona está enamorada de ella, como atenuante o eximente, lo que supone admitir una cierta "irresponsabilidad" en la actuación del acusado. Pero para ello se debe demostrar clínicamente que el delincuente sufría esta enfermedad.

Un ejemplo donde se aplicó la eximente del artículo 20.1 del CP, fue el del intento de homicidio de la mujer de Paco González, un periodista deportivo y locutor de radio. El Tribunal Supremo, en su sentencia avala el informe forense según el cual la principal acusada "vivía una realidad paralela que invadía su pensamiento y su comportamiento hasta límites irracionales", imposibilitándola para actuar de acuerdo con una comprensión normal.

[18] Auto Audiencia Provincial de Madrid Sección 16 Rollo 599/13 RT (verificado 31.08.2017) www.poderjudicial.es

[19] STS de 18 de enero de 2017, (Verificado 30.08.2017) Roj: ST 79/2017 – ECLI: ES: TS: 2017:79 www.poderjudicial.es

c) Atenuante de enamoramiento.

La Audiencia Provincial de Madrid, sección 1ª, sentencia 80/2017 de 27 de marzo de 2017, rec. 415/2017[20] rechaza el enamoramiento del acusado hacía la denunciante como excusa para evitar o rebajar su condena. El acusado trató en primer lugar impugnar las pruebas aportadas por la víctima, una mujer a la que había conocido un fin de semana y con la que se obsesionó, acechándola hasta tal punto que tuvo cambiar de domicilio, según él fue ella quien estuvo buscándole, pero este argumento quedó desvirtuado por la declaración de la denunciante, "absolutamente creíble" para el juez y corroborada por varios testigos, así como por la prueba documental médica certificando su estado de ansiedad, y que acreditaba, tal y como se exige en el nuevo delito de acoso, que la persecución a la que fue sometida alteró gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

Nos dice la sentencia que el estado de enamoramiento no constituye atenuante cuando es precisamente esa conducta de acosar, perseguir e insistir en tener una relación con una persona lo que constituye el tipo penal. La libertad de decidir debe ser respetada, asumiendo una negativa, y su incumplimiento no puede ampararse bajo la excusa de la obsesión o enamoramiento por no suponer éste una anulación de la conciencia y voluntad. El acusado era consciente de que la víctima no aceptaba la propuesta de la relación.

IX. CONCLUSIONES

La introducción de este artículo era una necesidad en nuestro derecho. Es cierto que la redacción del mismo hace que se aleje del deseado principio de taxatividad, y se vea mermado el principio de legalidad, pero ello no le priva del importante papel que ha venido a cumplir. En todo caso serán, como está ocurriendo las sentencias de nuestros tribunales, las que vayan perfilando este delito, no siendo posible reconducir el mismo a moldes generales.

El Tribunal Supremo ha puesto el acento de este tipo penal en aquellas acciones que terminan obligando a la víctima a cambiar sus hábitos cotidianos, no requiere planificación, pero si una perdurabilidad en el tiempo, pues en otro caso solo serían

[20] Diario La Ley, nº 8988, sección la sentencia del día, 26 de mayo de 2017, editorial Wolters Kluwer (verificado 30.08.2017) ECLI: ES:APM:2017:3438

actividades molestas. El precepto no lo dice, pero es claro que únicamente contempla acciones u omisiones dolosas.

Por último, he querido destacar en este trabajo la relevancia de las nuevas formas de stalking a que ha dado lugar internet, el ciberacoso, donde las conductas delictivas se ven favorecidas por el anonimato o la suplantación de personalidad que permite la red, complicando la identificación del sujeto activo. Siendo por ello, más dificultosa tanto su persecución como la protección a la víctima. Sin duda, la profunda reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[21] va a ser una importante herramienta para el descubrimiento y castigo del autor, y para la tutela penal del sujeto pasivo.

* * * * * *

[21] Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, y la Ley Orgánica 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales; ambas leyes publicadas en el BOE, número. 239, de 6 de octubre

Daniel Sánchez Romero
Letrado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, Cádiz. Socio FICP.

~La LO 2/2010 y sus repercusiones sobre el abono de la prisión provisional~

I. INTRODUCCIÓN

Durante años, el cómputo de la prisión preventiva, ha venido suscitando profundas discrepancias jurídicas en el ámbito del cumplimiento de las penas, sobre todo en lo referente al abono del tiempo cumplido de preso preventivo en un procedimiento distinto al que lo acordó.

Parecía increíble que aún cuando dicho instituto jurídico, que venía siendo recogido y regulado ya desde un primer momento por el artículo 58 del Código Penal de 1995, y por el cual se procedió a dar respaldo normativo a una determinada corriente jurisprudencial, que entendía que dicho abono podía computarse en más de una causa; fuere interpretado extralímites por el Tribunal Constitucional, provocando un desbordamiento de la interpretación del citado artículo, por cuanto se determinó la posibilidad real de que el tiempo cumplido en prisión preventiva, aún cuando coincidiera temporalmente con el cumplimiento formal de una pena, pudiera ser doblemente computada en ambas causas.

Esta interpretación extensiva, era fruto de amargas discusiones doctrinales y generadora de una importante alarma social, por lo que tuvo que ser abordada y zanjada con la Reforma que del Código Penal, se realizó con la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, procediéndose a una nueva redacción del artículo 58 CP, llegando a establecerse con meridiana claridad, que bajo ningún supuesto, un mismo período de privación de libertad, podría ser abonado en más de una causa.

Éste, resulta el objeto de análisis del presente estudio, la interpretación en la aplicación del artículo 58 CP, resultante de las distintas corrientes doctrinales y el resultado operado en el citado precepto por la influencia de la reforma operada en el Código Penal por la entrada en vigor de la LO 5/210.

II. ESTUDIO LEGISLATIVO DEL ABONO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

El primer concepto normativo referido a esta materia, lo encontraríamos en el artículo 33 del Código Pena de 1973, que establecía normativamente y sin ningún

género de dudas interpretativas que, el tiempo cumplido en período de preso preventivo durante la tramitación del procedimiento, debía ser computado a efectos de cumplimiento en la misma, con independencia de la clase de pena impuesta[1]. Este artículo no ofrecía lugar a interpretaciones por lo claro y conciso de su redacción.

Sin embargo, aún cuando el citado precepto brillaba por su claridad, también fue objeto de interpretaciones doctrinales que giraban en torno a las siguientes ideas:

En primer lugar se establecen dos exclusiones al principio general establecido en el artículo 33 CP de 1973, que serían operantes para cuando se dictaren sentencia absolutoria en el citado procedimiento en el que el preso hubiere sido privado de libertad de forma preventiva, y para cuando se dictare sentencia condenatoria de duración inferior al tiempo en que el condenado hubiere estado privado de libertad.

En segundo lugar, la operatividad y justificación que se realiza por los Tribunales para la aplicación efectiva del citado precepto, y que se hace girar bajo las premisas de Reparación, Equidad y Compensación[2].

Esta Sentencia de 2 de julio de 1993, establece las bases para la aplicación de dicho período de cumplimiento, desarrollando los principios anteriores bajo las siguientes directrices:

En primer lugar, **el principio de reparación del daño en beneficio del reo**, que entendía que el perjuicio causado al sujeto privado de libertad, debía ser objeto de reparación preferente, todo ello de acuerdo con lo que puede considerarse como un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, *"cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudirse a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, sólo cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza"*.

En segundo lugar se hace expresa mención al **principio de equidad,** en el sentido de que ante la injusta privación de libertad por aplicación de las excepciones antes citada (absolución final o pena privativa de menor duración); sería de ley y de moral la

[1] Art. 33 del Código Penal de 1973, anterior al actualmente vigente, en virtud del cual "el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta. Igualmente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena todo el tiempo de privación del permiso para conducir vehículos de motor sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa".

[2] Sentencia del Tribunal Supremo 2 de julio 1993

aplicación del exceso, en la reducción de la condena aún en otra causa distinta.

En último lugar se aducía igualmente, como fundamento de la compensación, a la idea de la **culpabilidad penal**, la cual quedaría completamente extinguida con el cumplimiento de la pena, siendo la culpabilidad una entidad que puede modificarse por hechos posteriores a la comisión del delito, incluso aquéllos que no proviniendo del autor del hecho, no obstante suponen un adelantamiento en la pérdida de derechos como consecuencia de la comisión del delito y del proceso que se incoa como consecuencia de ello.

La consecuencia directa de esta justificación, la encontramos en la exposición de motivos de la Reforma introducida en el Código Penal de 1995, al establecerse: *"dado que la pena es por sí misma 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 no puede operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado con la pena impuesta".*

Su transposición a norma de rango legal, se verifica sobre la modificación realizada sobre el artículo 58 CP, donde se prevé expresamente la posibilidad de computar el tiempo cumplido en prisión provisional en otro procedimiento distinto[3] .

Así mismo, se procede a acotar la aplicación de dicho beneficio temporal, a aquellas causas seguidas por hecho cometidos con anterioridad a la imposición de la medida cautelar, basando su justificación en el principio de prevención especial y general del delito y el principio de seguridad jurídica, puesto que el sujeto conocedor de tener a su favor un determinado período de prisión preventiva computable, estaría en disposición de poder delinquir a sabiendas de que el tiempo a cumplir por los nuevos hechos delictivos, podrían serle descontados de la medida cautelar acordada en su día[4].

Sin embargo, la rigidez de esta declaración legal fue igualmente suavizada por la jurisprudencia en el sentido de establecer que, con carácter excepcional, podía efectuarse el citado abono para condenas por hechos posteriores a la prisión preventiva,

[3] ATS de 3 de abril de 2002.
[4] SSTS de 3 de diciembre de 1990 y 2 de julio de 1993.

siempre que tales hechos fuesen cometidos antes de que el sujeto tuviera conocimiento de que en la causa en la que se acordó la referida medida cautelar se había dictado sentencia absolutoria, o condenatoria pero de duración inferior a la prisión preventiva sufrida.

La finalidad fundamental de esta interpretación, derivaría de la idea de evitar el carácter de impunidad con el que podría actuar el reo tras conocer, en el momento de su ejecución, que el resultado de la causa por la que se estableció la medida cautelar habría resultado absolutorio o de menor condena.

El amparo jurisprudencial que se trae a colación, estaría encaminado a la interpretación extensiva del artículo 58.1 CP, en beneficio del reo[5].

"Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste, puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del artículo 58.1"[6].

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 57/2008 DE 28 DE ABRIL Y LA COINCIDENCIA DE LA CONDICIÓN DE PRESO PREVENTIVO Y PENADO

Con la entrada en vigor de la Reforma operada sobre el Código penal de 1995, se procedió a validar normativamente el sentir de la Jurisprudencia conforme al cómputo de la Prisión Provisional, quedando sin embargo en el aire, algunas cuestiones de carácter fundamental como sería la que vamos a analizar en este apartado referente a la coincidencia de la doble condición de preso preventivo y penado, es decir para el supuesto de que un sujeto se encuentra en prisión preventiva y, en tal situación, recibe una condena firme a pena privativa de libertad, planteándose si el período que permanezca en situación de preso preventivo puede servir para computar, al mismo tiempo, la condena que recaiga en la causa por la que se acordó la citada medida cautelar y la condena por la que ya se encuentra en situación de penado.

El art. 58 CP no contenía previsión expresa al respecto, pero esta cuestión fue planteada ante el **Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 57/2008, de 28 de abril**, se mostró favorable a que la prisión preventiva en un proceso, coincidente con la

[5] STS de 11 de mayo de 2000
[6] SSTS de 18 de diciembre de 2001 y 20 de septiembre de 2005.

condena firme en otro, pudiese ser abonada en ambas causas.

Dos, fueron los argumentos esgrimidos por nuestro Tribunal Constitucional en la meritada sentencia, para dotar de validez a la corriente doctrinal a la que resultaba afín:

1. Capacidad del instituto de la prisión provisional, para cumplir con una doble finalidad de aseguramiento y de cumplimiento.

La fundamentación que se extrae de la meritada sentencia, va encaminada a entender que el instituto de la prisión provisional, posee una naturaleza distinta a la pena, ya que su fin principal sería asegurar la disponibilidad del imputado, impidiéndole su sustracción de la Justicia y garantizando en todo caso, el cumplimiento de la condena que pudiera corresponderle sin embargo, se llega a la conclusión por parte del Tribunal Constitucional que, la privación de libertad que en ambos casos se produce, puede cumplir las diversas finalidades por ellos perseguidas, concluyendo viable la posibilidad de que en ambos casos el período de prisión provisional sufrido en una causa, pueda computarse para el cumplimiento de la pena impuesta en otra y viceversa.

2. Silencio legislativo sobre la no mención expresa contraria al doble cómputo.

Se alude expresamente en la citada sentencia, a favor del doble cómputo que: *"la situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra, por su frecuencia en la realidad, no es un supuesto que, lógicamente, pudiera haber pasado inadvertido al legislador, al regular el abono del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa (art. 58.1 CP), lo que, desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites permite entender que, si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo".*

Esta solución a la que llega la jurisprudencia emanada por nuestro Tribunal Constitucional, no cae desapercibido para los distintos operadores jurídicos que comienzan a percibir distintos problemas prácticos a la hora de aplicar la ley.

Esta interpretación, indudablemente generosa del referido artículo, podía llevar a situaciones injustas sobre todo en personas con amplio historial delictivo en tanto que,

la privación de libertad cautelarmente sufrida en una causa le podía servir, al mismo tiempo, para el cumplimiento de penas impuestas en otros procesos.

3. Repercusiones prácticas

La sentencia del tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril, creó una situación jurídica que puede reducir el tiempo de condena efectiva de algunas personas presas al hacer posible que un periodo de tiempo de prisión preventiva pueda ser abonado al cumplimiento de varias condenas, cuando se haya decretado la misma en varias causas al mismo tiempo o cuando, aunque se esté ya condenado por alguna causa se tenga decretada prisión preventiva al mismo tiempo por alguna otra.

Esta sangrante posibilidad, es la que va a propiciar la Reforma del Código Penal, modificando el artículo correspondiente del mismo para que eso ya no sea posible y, aunque legalmente el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables, vigente en el estado español a pesar de medidas que lo desvirtúan como la "doctrina Parot", obligaría a aplicar lo establecido en esa sentencia a todos los que se encontraran en un caso igual antes de que entre en vigor de la mencionada reforma.

La sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril, en respuesta al recurso de amparo presentado por un preso, contra las decisiones sobre su liquidación de condena dictadas por la audiencia provincial correspondiente, estableció que se le abonara un periodo de tiempo pasado en prisión tanto al cumplimiento de una pena por la que en ese momento ya estaba condenado como al cumplimiento de otra por la que en el mismo momento aún no estaba condenado pero se le había decretado prisión provisional.

Ya que las sentencias de este tribunal sientan jurisprudencia y obligan al resto de tribunales a interpretar la ley según los criterios que ellas marcan, esta sentencia implica que, si se condena a una persona por una causa mientras está en prisión preventiva por otra, el tiempo que pase en prisión desde ese momento hasta ser condenado por la causa en preventiva se le tendrá que abonar al cumplimiento de las dos causas. Y también que si una persona está en prisión preventiva por varias causas al mismo tiempo, los días pasados en prisión tendrán que descontársele de todas y cada una de las condenas que le caigan por esas causas.

Y esto porque, como recoge la sentencia: "ante la situación de encontrarse una persona en prisión en calidad de preso preventivo y condenado al mismo tiempo no hay

más norma aplicable que el art. 58 CP, que dice en su apartado 1 que *"el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada".*

Esta posibilidad es la que conforma una de los objetivos buscados con la reforma del código penal modificando el mencionado artículo 58 para que la situación a la que se refiere la sentencia citada no pueda producirse en adelante, de manera que los presos no puedan beneficiarse del abono de un mismo periodo de prisión al cumplimiento de varias condenas distintas. Así pues, ese apartado 1 quedaría redactado de la siguiente forma: *"El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la 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".*

Lo legal sería que a los condenados antes de la reforma se les siga aplicando la ley tal como estaba entonces, en aplicación del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables que rige en la legislación española como uno de los aspectos fundamentales del principio de legalidad, como por otra parte se reconoce explícitamente en una "disposición transitoria" contenida en el propio proyecto de ley de reforma del código penal de que estamos hablando.

Esta problemática, no pasa inadvertida por nuestro Tribunal Supremo, dando solución a la misma en la Sentencia que se desarrolla a continuación.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2009 Y LA RESPUESTA A LA PROBLEMÁTICA SURGIDA.

Tras el análisis de la referida sentencia, se destaca la afirmación que entiende que *"esta interpretación, provoca la creación de facto, de un beneficio penitenciario no previsto precisamente por el Legislador, con clara incidencia en materia de ejecución de condenas y con efectos incalculables e imprecisos, al quedar el licenciamiento definitivo al albur del caso concreto, quebrando el principio de legalidad en materia penal y penitenciaria".*

Así mismo, podemos concluir diciendo que los pilares de la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Constitucional, podrían estar poniendo en peligro los principios

de seguridad, igualdad y buena fe procesal, alertando sobre las consecuencias negativas que la misma podía generar, proponiendo una nueva redacción del citado precepto en la que se excluyera, de forma expresa, la posibilidad del doble cómputo.

1. Por lo que respecta al principio de seguridad, el mismo quedaría afectado por cuanto puede darse el caso en que el reo no tenga que cumplir pena alguna si el período de prisión preventiva sufrido en una de las causas excede del tiempo total de condena impuesto en las restantes, lo que puede provocar situaciones de impunidad o "vaciamiento"[7]

2. En cuanto al principio de igualdad, puede advertirse una discriminación negativa en dos grupos de presos, los reos que acumularen más delitos y penas más largas y los delincuentes primarios. Los primeros podrían incluso, dejar de cumplir algunas penas impuestas debido al efecto multiplicador, mientras que los segundos, no tendrían derecho a obtener reducción alguna al no haber sufrido prisión preventiva alguna. En el mismo sentido, "también pueden ocasionarse consecuencias discriminatorias incluso respecto del plurireincidente en sí mismo considerado, ya que serían doblemente computables los períodos que hubiere pasado en prisión preventiva, pero no los de cumplimiento efectivo de condena, todo lo cual puede colisionar a su vez con el principio de proporcionalidad de las penas".

3. El Principio de Buena Fe Procesal, para el supuesto en que el reo, con la finalidad de lograr el doble cómputo y encontrándose imputado en varios procedimientos, acepte en la comparecencia de la medida cautelar del art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de una de las causas la prisión preventiva con la finalidad de poder computarla doblemente, tanto en esa causa como en las otras.

Del mismo modo, con tal interpretación se propicia que el imputado defienda a ultranza la división de la continencia de la causa, pues al referirse el precepto a distintas causas, podría utilizar en tal caso la prisión preventiva acordada para el abono de la pena impuesta en las restantes.

Fruto de las distintas interpretaciones realizadas por las diversas Sentencias emanadas por nuestro Tribunal Supremo a la hora de la aplicación de la jurisprudencia arrojada por la **STC 57/2008 de 28 de abril**, provoca el hecho de destacar dos

[7] Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2009.

Sentencias relevantes:

1. STC 92/2012 de 7 de mayo, es a través de estas Sentencias posteriores, donde se va matizando el alcance de la doctrina emanada de la citada sentencia. Dicho lo cual, se procede a rechazar expresamente la posibilidad de poder abonarse un período de prisión preventiva acordado simultáneamente en varias causas penales, para aquellas que posteriormente fueren impuestas, determinando literalmente que *"la simultánea situación de prisión provisional acordada en dos causas penales no causa perjuicio material efectivo añadido, a quien así se ve privado de libertad, por el simple hecho de venir fundada en dos títulos jurídicos, pues el demandante, en su condición de preso preventivo en dos causas, lo está con un único régimen jurídico aunque procesalmente pesen sobre él dos órdenes cautelares de privación de libertad que en nada se afectan mutuamente".*

2. SSTC 148/2013 de 9 de septiembre y 168/2013 de 7 de octubre, en relación al establecimiento de la forma de abono de la prisión preventiva en los supuestos de cumplimiento acumulado de varias condenas con establecimiento de límite máximo. Dicho lo cual, se llega a la conclusión de que, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 988 LECrim y 76 CP, "los períodos de prisión preventiva deberán abonarse sobre cada una de las condenas y no sobre el límite máximo de cumplimiento".

Un ejemplo claro de esta conclusión la encontramos en el supuesto de que una persona hubiera sido condenada por cinco delitos a una pena de dos años de prisión cada uno, por aplicación de las reglas del concurso real previstas en el precitado art. 76 del Código Penal, el límite máximo de cumplimiento será de seis años, al ser inferior a la suma aritmética de todas ellas. Si en cada delito ha sufrido un año de prisión preventiva dicho período será computado en cada una de las condenas y no sobre la total, y así, descontando un año de cada pena, resultarían cinco condenas de un año con límite máximo de cumplimiento de tres años, no pudiendo en cambio, restar la totalidad del período pasado en prisión preventiva (cinco años) del límite máximo de cumplimiento (seis años).

Esta conclusión a la que se llega a través del interpretaciones realizadas a través de las mentadas Sentencias, serian acordes a la famosa "doctrina Parot", siendo no obstante anulada a raíz de la firmeza de la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013**, que estableció que los períodos de prisión preventiva no deberían abonarse sobre cada una de las sentencias, sino sobre el

límite máximo de cumplimiento.

V. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO

Es a raíz de la entrada en vigor de la citada LO 5/2010, cuando se produce el triunfo de la doctrina emanada por nuestro Tribunal Supremo, sobre la surgida del Tribunal Constitucional sobre la interpretación del artículo 58 CP en relación a la posibilidad de computar doblemente, como preso y penado, el período de prisión preventiva

En concreto, el art. 58.1 CP mantiene la redacción anterior según la cual el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente, será abonado para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que la referida privación fue acordada. Hasta aquí, pues, se viene a establecer el principio general de compensación del período de privación de libertad cautelarmente sufrido en la pena finalmente impuesta en la causa en la que se estableció.

Sin embargo, se introduce la novedad de impedir el doble cómputo para el supuesto de que ya haya sido aplicada en cualquiera de ellos al establecerse que *"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".*

Podrá abonarse el período de prisión preventiva en el cumplimiento de la pena impuesta en otro procedimiento, pero en tal caso, ya no será abonable en la causa en la que se acordó, esta declaración se intenta reforzar con el redundante inciso final, según el cual *"en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa"*.

En el apartado tercero, se mantiene la previsión de que podrá ser abonada la prisión preventiva en causa distinta, siempre que dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena que se pretende abonar.

VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 21 DE OCTUBRE 2013

La Gran Sala del Tribunal dicta sentencia en el caso Del Río Prada

En su Sentencia definitiva de Gran Sala, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falla,

1. Por quince votos contra dos, que ha habido vulneración del artículo 7 (no hay pena sin ley) del Convenio Europeo de Derechos Humanos;

2. Por unanimidad, que desde el 3 de julio de 2008, la privación de libertad de la demandante no es regular y vulnera el artículo 5.1(derecho a la libertad y a la seguridad); y

3. Por dieciséis votos contra uno, que corresponde al Estado demandado garantizar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve posible.

El Tribunal estima que la demandante no podía prever que el Tribunal Supremo modificaría su jurisprudencia en febrero de 2006 ni que tal modificación le sería aplicada y supondría aplazar en casi nueve años la fecha de su puesta en libertad –del 2 de julio de 2008 al 27 de junio de 2017. Por lo tanto, la demandante ha cumplido una pena de prisión de una duración superior a la que tendría que haber cumplido según el sistema jurídico español en vigor en el momento de su condena. Por consiguiente, corresponde a las autoridades españolas garantizar su puesta en libertad en el plazo más breve posible.

Esta decisión tomada por la Gran Sala, parte del supuesto de una terrorista condenada a más de 3.000 años de prisión. Teniendo en cuenta el artículo 70.2 Código Penal de 1973, vigente en el momento de comisión delictiva, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podía exceder de 30 años.

Esta regla se aplicaba igualmente a las penas que se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos delictivos, como en el caso de la Sra. Del Río Prada, por su conexión jurídica y cronológica, pudieran haberse enjuiciado en uno solo. En noviembre de 2000, la Audiencia Nacional, mediante una decisión de acumulación de penas, redujo de 3000 a 30 años de prisión la condena de la interesada.

Tras la adopción de varias decisiones por parte de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria entre los años 1993 y 2004, le fue concedida a la Sra. Del Río Prada, de conformidad con el artículo 100 Código Penal de 1973, una redención de nueve años por el trabajo realizado en prisión. En abril de 2008, tras aplicar dicha redención de penas al máximo de 30 años, el centro penitenciario de Murcia (España), donde la Sra. Del Río Prada estaba encarcelada en ese momento, propuso a la Audiencia Nacional su puesta en libertad el 2 julio de 2008.

Mientras tanto, el Tribunal Supremo había modificado su jurisprudencia en lo concerniente a la redención de penas. En efecto, después de haber establecido el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de marzo de 1994 que el límite de 30 años previsto en el artículo 70.2 Código Penal 1973 debía ser interpretado como « una pena nueva y autónoma », sobre la cual debían aplicarse las redenciones de pena, pasó a considerar, en sentencia de fecha de 28 de febrero de 2006, que el límite de 30 años no da lugar a una pena distinta de las sucesivamente impuestas al reo, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario. Por todo ello, las redenciones de pena debían aplicarse sobre cada una de las penas impuestas de forma separada y no sobre el límite máximo de 30 años.

Como resultado de esta nueva línea jurisprudencial – llamada «doctrina Parot», la Audiencia Nacional pidió a las autoridades penitenciarias que modificasen la fecha prevista para la puesta en libertad de la Sra. Del Río Prada, debiendo proceder a un nuevo cálculo conforme a la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Mediante una providencia de 23 de junio de 2008, fundada en una segunda propuesta del centro penitenciario, la Audiencia Nacional fijó la fecha de 27 de junio de 2017 para la puesta en libertad definitiva de la demandante. El recurso de ésta ante la Audiencia Nacional, así como, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, fueron respectivamente desestimados en julio de 2008 y febrero de 2009.

Decisión del Tribunal

Artículo 7 (no hay pena sin ley)

En primer lugar, el Tribunal debe determinar, sobre la base de la ley y de la práctica de los tribunales españoles, el alcance de la « pena » impuesta a la Sra. Del Río Prada. Según el artículo 70.2 Código Penal 1973, la noción de « condena », que correspondía al límite máximo de 30 años de prisión, parecía distinguirse de la noción de « penas » pronunciadas en las distintas sentencias de condena. Paralelamente, el artículo 100 Código Penal 1973 disponía que los condenados podían redimir su pena con el trabajo efectuado en prisión, sin precisar sin embargo las reglas de imputación de la redención de penas en caso de acumulación.

A pesar de la ambigüedad de estas disposiciones, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2006 que instauró la «doctrina Parot», cuando se

condenaba a una persona a varias penas de prisión y éstas se acumulaban, las autoridades penitenciarias y judiciales españolas habían seguido la práctica constante de aplicar las redenciones de pena sobre el límite máximo de 30 años, y no sobre cada una de las « penas » pronunciadas en las distintas sentencias de condena separadamente. Por otra parte, en su sentencia de marzo de 1994, el propio Tribunal Supremo había seguido esta interpretación.

Hasta la modificación de la jurisprudencia de febrero de 2006, esta práctica benefició a numerosas personas que, como la Sra. Del Río Prada, habían sido condenadas en virtud del Código Penal de 1973. La demandante podía por tanto esperar ser tratada de la misma manera. Dicho de otro modo, en el momento de la comisión de las infracciones así como en el momento de la adopción de la decisión de acumulación de penas por la Audiencia Nacional en el año 2000, el derecho español – incluida la práctica de los tribunales – era suficientemente preciso para permitir a la Sra. Del Río Prada conocer el alcance de la « pena » impuesta, es decir una duración máxima de 30 años de prisión, sobre la que debían aplicarse las redenciones de pena por trabajo.

En segundo lugar, el Tribunal debe establecer si la aplicación de la «doctrina Parot» a la Sra. Del Río Prada ha modificado solo las « modalidades de ejecución » de la pena impuesta o si ha modificado el « alcance » de la misma. En este sentido el Tribunal recuerda la distinción entre las medidas constitutivas de una « pena » y las relativas a las « modalidades de ejecución » de dicha pena, pues solo las primeras se incluyen teóricamente en el ámbito de aplicación del artículo 7.

Sin embargo, el Tribunal recuerda también que la distinción entre estos dos tipos de medidas no siempre está clara en la práctica. En efecto, el Tribunal no excluye que ciertas medidas adoptadas por el Estado tras la imposición de una pena definitiva o durante la ejecución de esta última, puedan conducir a una redefinición o a una modificación del alcance de la « pena » impuesta por el juez. Por tanto, el Tribunal debe decidir caso por caso lo que la « pena » impuesta implicaba realmente en Derecho interno o, en otras palabras, cuál era su naturaleza intrínseca.

En el presente caso, la duración de las redenciones de pena otorgadas a la Sra. Del Río Prada -alrededor de nueve años – no ha sido discutida por ninguna de las jurisdicciones que han conocido del caso. La providencia de junio de 2008 por la que la Audiencia Nacional aplazó la fecha de puesta en libertad definitiva de la Sra. Del Río

Prada a junio de 2017 no se refería por tanto a la cuestión de si debía beneficiarse de las redenciones de pena sino a las modalidades de imputación de las mismas.

La aplicación de la «doctrina Parot» a la situación de la Sra. Del Río Prada ha privado de efecto útil a las redenciones de pena a las que en principio tenía derecho. En efecto, al haber sido condenada en numerosas ocasiones, la demandante debe ahora cumplir una pena de 30 años de prisión efectiva, sobre la que las redenciones de pena no han tenido incidencia alguna.

Por consiguiente, la aplicación por la Audiencia Nacional de las nuevas modalidades de imputación de las redenciones de pena araíz de la « doctrina Parot » no se ha limitado a modificar las « modalidades de ejecución » de la pena impuesta a la Sra. Del Río Prada, sino que ha redefinido igualmente su « alcance ». Por todo ello, la decisión de 23 de junio de 2008 entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 7.

Por último, en tercer lugar, el Tribunal debe establecer si la «doctrina Parot» era razonablemente previsible. En este sentido observa que la modificación del sistema de imputación de las redenciones de pena otorgadas a la Sra. Del Río Prada ha sido el resultado de una nueva interpretación de la ley por el Tribunal Supremo en 2006. Por consiguiente, es necesario determinar si esta nueva interpretación confirmaba una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia.

El único precedente en la materia era la sentencia de marzo de 1994 en la que el Tribunal Supremo adoptó la posición inversa a la que mantuvo más tarde en su sentencia de febrero de 2006. Por otra parte, incluso antes de la sentencia de marzo de 1994, las autoridades penitenciarias y judiciales habían seguido la práctica de imputar sistemáticamente las redenciones de pena por trabajo al límite máximo de 30 años.

Por consiguiente, en el momento en el que se pronunciaron las condenas y en el momento en el que la Sra. Del Río Prada recibió la notificación de la decisión de acumulación de las penas, nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia en el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2006. La Sra. Del Río Prada no podía por tanto prever la modificación de la jurisprudencia producida por la adopción de la «doctrina Parot», ni que la Audiencia Nacional imputaría en consecuencia las redenciones de pena otorgadas a cada una de las penas impuestas por separado y no a la pena máxima de 30 años.

Por tanto, el Tribunal concluye que se ha vulnerado el artículo 7.

Artículo 5 § 1 (derecho a la libertad y a la seguridad)

El Tribunal subraya a título preliminar que la distinción efectuada al examinar el artículo 7 entre la « pena » y las « modalidades de ejecución » de ésta no es determinante en el contexto del artículo 5.1. En efecto, como la duración efectiva de la privación de libertad de un condenado depende en parte de su aplicación, las medidas relativas a « la ejecución » de la pena pueden incidir en el derecho a la libertad garantizado por el artículo 5.1. Por tanto, si el artículo 7 se aplica a la «pena» tal como se impuso por el juez que pronunció la condena, el artículo 5 se aplica a la privación de libertad resultante.

En el presente caso, el Tribunal no duda de que la demandante haya sido condenada en el marco de un procedimiento previsto por la ley por un tribunal competente. La Sra. Del Río Prada no niega por otra parte que su privación de libertad haya sido legal hasta el 2 de julio de 2008, fecha inicialmente propuesta por el centro penitenciario para su puesta en libertad definitiva. Sin embargo, la cuestión que se plantea es la de si el mantenimiento en prisión de la Sra. Del Río Prada tras esta fecha era regular. Para ello, es preciso determinar si, en el momento de su condena inicial y durante la detención resultante, la « ley » que autorizaba su privación de libertad más allá del 2 de julio de 2008 era suficientemente previsible en su aplicación.

A la luz de las consideraciones que le han llevado a concluir que se ha vulnerado el artículo 7, el Tribunal entiende que la Sra. Del Río Prada no podía razonablemente prever que las modalidades de imputación de las redenciones de pena por el trabajo serían objeto de una modificación jurisprudencial efectuada por el Tribunal Supremo en febrero de 2006, y que tal modificación jurisprudencial le sería aplicada. La aplicación de la « doctrina Parot » a la situación de la Sra. Del Río Prada ha supuesto que su fecha de puesta en libertad se aplazara casi nueve años. La demandante ha cumplido pues una pena de prisión de una duración superior a la que se le habría debido imponer en virtud del sistema jurídico español en vigor en el momento de la condena, teniendo en cuenta las redenciones de pena que se le habían concedido conforme a la ley.

Por todo ello, el Tribunal concluye que, desde el 3 de julio de 2008, la privación de libertad de la Sra. Del Río Prada no es regular y vulnera el artículo 5.1

Artículo 46 (fuerza obligatoria y ejecución de las Sentencias)

En virtud del artículo 46, las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes, estando la supervisión de la ejecución de las mismas a cargo del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En ciertas situaciones particulares, para asistir al Estado demandado a cumplir sus obligaciones derivadas del artículo 46, el Tribunal puede indicar el tipo de medidas individuales y/o generales que podrían adoptarse para poner fin a la situación que dio lugar a la constatación de vulneración.

En ocasiones, cuando la naturaleza misma de la vulneración constatada no permite realmente elegir entre los distintos tipos de medidas para remediarla, el Tribunal puede decidir indicar una sola medida individual. Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y la necesidad urgente de poner fin a las vulneraciones constatadas, el Tribunal estima que corresponde a las autoridades españolas garantizar la puesta en libertad de la Sra. Del Río Prada en el plazo más breve posible.

Satisfacción equitativa (artículo 41).

El Tribunal concluye, por diez votos contra siete, que España debe abonar a la Sra. Del Río Prada, en un plazo de tres meses, 30 000 euros (EUR) por daño moral. El Tribunal concluye igualmente, por unanimidad, que España debe abonar 1500 EUR a la Sra. Del Río Prada por gastos y honorarios.

VII. CONCLUSIONES

Llegando a la conclusión de que se descartaría así la posibilidad del doble cómputo de la prisión preventiva, quedan algunas cuestiones que entendemos, han quedado pendientes de resolución expresa.

En concreto, los supuestos en los que, tras sufrir prisión preventiva, el sujeto resulta finalmente absuelto o condenado a una pena de duración inferior al período de internamiento. Ya hemos podido analizar cómo la jurisprudencia ha admitido sin ningún género de dudas el abono de la prisión sufrida en otra causa distinta, siempre y cuando la condena en la que se pretende abonar sea por hechos anteriores a la medida cautelar o que, siendo posteriores, en el momento de cometerlos el sujeto no conociese el resultado absolutorio de la causa por la que se le impuso la prisión preventiva.

Pero la reforma inadmite por completo el doble cómputo de la prisión preventiva,

con la consecuencia de que la misma será abonable en causa distinta cuando el procedimiento en el que se acordó finalice con un pronunciamiento absolutorio.

En cambio, cuando es de condena pero la pena finalmente impuesta resulta inferior al período de prisión preventiva sufrido, una interpretación gramatical del precepto impediría aplicar el exceso sobre la nueva condena, pues se proscribe terminantemente el cómputo de la prisión preventiva en más de un proceso, de manera que si una persona ha permanecido dos años en prisión preventiva y es condenado a uno, el período de medida cautelar sufrido se habrá computado en la citada causa para ponerlo en libertad inmediatamente pero, sobre el hecho de computar el remanente sobrante en otra causa, sigue quedando en el aire, aún cuando ya se ha indicado que el precepto reformado parece impedirlo.

Por otra parte, en cuanto a la coincidencia entre la situación de penado y preso preventivo, que es la que realmente motivó la reforma, no se puede obviar que, como decía el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia, el penado que al mismo tiempo se encuentra como preso preventivo tiene por completo vedado el acceso a permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, por lo que su cumplimiento se llevará a cabo de un modo especialmente riguroso. De este modo, se crea una situación de difícil solución, sin que para remediarla se pueda oponer el cese de la medida cautelar por parte del Juzgado instructor al desaparecer el riesgo de fuga al estar en situación de penado, pues ya se ha visto que el condenado podría entonces acceder a los permisos de salida y aprovechar uno de ellos para fugarse.

En definitiva, la reforma viene a resolver una cuestión que, desde el dictado de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, exigía una decisión legislativa, pero la opción seguida deja en el aire algunos interrogantes y no da respuesta a la situación discriminatoria en que se coloca a quien sufre la doble condición de preso preventivo y penado.

* * * * * *

Inmaculada Serrano Pérez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia FICP.

~Menores como autores de infracciones penales y su responsabilidad~

Resumen.- El 13 de enero de 2001 entró en vigor la Ley Penal del Menor vigente en la actualidad en España, aprobada un año antes dentro de la Ley Orgánica 5/2000. Desde entonces ha sufrido numerosas reformas intentándose amoldar a los cambios que se han ido produciendo en la sociedad, introduciéndose dos novedades principales en cuanto a la ley original: acuña por primera vez términos como la responsabilidad civil del menor y la responsabilidad civil solidaria, con el objetivo de reparar el daño a la víctima, e impone un régimen específico para todos los mayores de 14 y menores de 18 que comentan un delito. La última modificación de la Ley Penal del Menor se produjo con la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre en la que se contemplaba la posibilidad de alargar las penas de los infractores hasta completar un máximo de 5 años dentro de un centro de menores más 3 años en libertad vigilada. Todo ello contrasta con la remarcada idea que intenta mostrarse en la Ley penal del menor por la que se afirma que el objetivo principal de esta, no es el de imponer penas a los infractores, sino más bien, medidas orientadas a la reeducación que consigan la total reinserción del menor en la sociedad. Alargar las penas y abogar por las medidas de reeducación parecen dos ideas contrapuestas que hacen ver la complejidad de esta ley.

I. INTRODUCCIÓN

Por Decreto de 11 de Junio de 1948 se aprobó el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores; asi mismo, el 2 de Julio de 1948 se aprobó el Texto Refundido de la legislación sobre Protección de Menores, actualmente derogada por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, por lo que modifica la Ley de Tribunales Menores aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, que a partir de la entrada en vigor de la primera, pasa a denominarse Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

La protección del menor que asumían estos decretos se encomendaba a la Obra de Protección de Menores, un organismo que tenía personalidad jurídica propia y además un patrimonio independiente para conseguir sus fines.

Este organismo tenía la siguiente estructura:

- Consejo Superior de Protección de Menores, gestor e impulsor de la obra.
- Juntas Provinciales de Protección de Menores, que tenían carácter asistencial Tribunales Tutelares de Menores concebidos como organismos colegiados con ámbito provincial, con carácter administrativo, pero al tiempo con determinadas funciones judiciales.

Su ámbito de competencia contemplaba tres facultades diferentes:

a) Facultad Reformadora, que se extendía a:

- Acciones u omisiones que se atribuían a menores de dieciséis años, calificadas como delitos o faltas.
- Infracciones cometidas por menores de dieciséis años que estuviesen consignadas en Leyes Municipales y Provinciales. Menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos.
- Menores indisciplinados que eran denunciados por sus padres.

b) Enjuiciamiento de Mayores: estos Tribunales eran competentes para conocer de faltas de los mayores de dieciséis años que estuviesen recogidas en el artículo 584 del Código Penal que estaba vigente entonces.

c) Facultad Protectora: dirigida a dar protección jurídica al menor de dieciséis años, privando a sus padres del ejercicio de su guarda y educación. Cabe destacar que la facultad reformadora era mucho más amplia que la facultad protectora, lo que pone de manifiesto el marcado carácter correctivo y penalizador de esta ley, dando prioridad a estos criterios sobre los preventivos y educativos. .

Por ultimo dentro de la Obra de Protección de Menores encontramos los centros con carácter asistencial. Como se puede observar, la Ley de 1948 sigue manteniendo el criterio cronológico, menos de dieciséis años, para delimitar la inimputabilidad de los menores. Asi mismo, merece señalarse que la citada Ley atiende en su facultad reformadora no solo las faltas y delitos cometidos por los menores, sino que abarca a las denominadas conductas irregulares como el ser considerado vago, vagabundo, etc. La consecuencia jurídica siempre es la protección correccional, sin distinción entre menores en situación de peligro y menores que delinquen. Como afirma "*El hecho de que a muchos menores no delincuentes se les trate como si lo fueran constituye un eslabón capital en el conjunto de un mecanismo de control social*". En la Ley de Tribunales Tutelares de Menores desaparece el concepto de pena y en su lugar se da un carácter educativo y tutelar a la legislación cuyo fin es la corrección moral del menor sometido a ella. Concretados en programas levantados sobre la idea de peligrosidad, se orienta a la rehabilitación, la reforma y la tutela.

La Ley de 1948 no admite el derecho de publicidad como garantía frente a los abusos judiciales (art 15° LTTM). Del mismo modo, sostiene que no es necesario

ni el Abogado defensor ni el Ministerio Fiscal (art 29° LTTM) dando lugar a un proceso inquisitivo y no contradictorio. Según el artículo 17 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, el Tribunal podía adoptar en Sus acuerdos las siguientes medidas en el ejercicio de su facultad reformadora:

- Amonestación o breve internamiento.
- Libertad vigilada.
- Colocación bajo la custodia de otra persona.
- Ingreso en establecimiento oficial o privado, de observación, de educación, de reforma o de tipo correctivo o de semilibertad.
- Ingreso en un establecimiento especial para menores anormales.

II. LA LEY ORGANICA 4/1992 REGULADORA DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE MENORES.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 supuso la introducción de una nueva concepción acerca de los derechos de la infancia. Este hecho unido al impulso de los Servicios Sociales en España como derecho al que tienen acceso los ciudadanos, llevaron consigo reformas sucesivas tanto en el Código Civil como en el Código Penal en relación a la familia y al menor a partir de 1981.

Además, el 1 de Julio de 1985, la Ley Orgánica del Poder Judicial crea en la jurisdicción ordinaria los Juzgados de Menores, que asumen las competencias de los Tribunales Tutelares de Menores. Pero habría que esperar hasta el 5 de Junio de 1992 para la promulgación de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que nace a partir del dictamen del Tribunal Constitucional de 14 de Febrero de 1991, que declaraba inconstitucional parte de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948.

La Ley Orgánica 4/92 es fruto del movimiento reformador que en los últimos años ha llevado a Occidente a impulsar nuevas formas legislativas y nuevos modos de intervención psicosocial en todo lo referente al tratamiento jurídico del menor[1]. Esta evolución en la forma de intervención, ha tenido lugar en la última década, tras la aparición de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1986, también denominadas Reglas Bejjing, que propugnan la

[1] CRUZ BLANCA, M. J., Derecho penal de menores, 2002, p. 57.

promoción integral del menor, recomendando la pluralidad de medidas resolutorias, estableciendo de forma prioritaria los sistemas intermedios y reservando como último recurso el internamiento en centro cerrado.

Así mismo, otros marcos e instancias normativas han influido en esta evolución como la Convención de Derechos del Niño de 1.989 o el Comité de Ministros del Consejo de que en su recomendación nº R (87) 2 habla de las reacciones sociales a la delincuencia juvenil contemplando las siguientes medidas:

- Aquellas que implican vigilancia y asistencia probatoria.
- El tratamiento del intermediario.
- La reparación del daño.
- Trabajo en beneficio de la Comunidad.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL SEGÚN LA LEY ORGÁNICA 5/2000

Los delincuentes mayores de 18 años serán responsables criminalmente con arreglo al Código Penal. Sin embargo, cuando un menor, con edad comprendida entre los 14 y 18 años, comete un hecho tipificado como delito en el Código Penal o las leyes especiales, nos encontramos ante un menor sujeto de reforma al que se le aplicará la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores. La responsabilidad penal de los menores, presenta frente a la de los adultos, un carácter primordial de intervención educativa, primando como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten. La intención fue crear un derecho penal juvenil orientado a un fin: reeducar, prevenir y evitar una reincidencia. Cabe apuntar que la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, ha sufrido diversas modificaciones por las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y 8/2006. El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, aprobó el reglamento. En esta ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se evita la utilización del término "penas" y se habla solo de medidas sancionadoras educativas[2].

En principio, las bases para exigir responsabilidad penal a un menor son las mismas que para los adultos: no solo les afectan el mismo catálogo de prohibiciones y mandatos, sino también, el mismo catálogo de eximentes y de causas de extinción de la

[2] DOLZ LAGO, M.J.: Comentarios a la legislación penal de menores, ob. cit., p. 45 y en: Breve comentario sobre la discutida vigencia del anterior art. 4 de la Ley Penal del Menor, La Ley, núm. 36, número monográfico.

responsabilidad criminal. En todo caso, se aplicara la Ley Penal del Menor para exigirle responsabilidad al autor de un hecho tipificado como delito por el Código Penal o por las leyes penales especiales cuando se situé en la siguiente franja de edad: mayores de 14 años y menores de 18 años, diferenciados en dos tramos de edad: de 14 a 15 años; y de 16 a 17 años. A estos la Ley los designa con el término "menores".

A los mayores de 16 años se les contabiliza como un agravante especifico su participación en la comisión de delitos violentos, con intimidación o que supongan un peligro para las personas.

A los menores de 14 años se les considera penalmente inimputables. La entidad pública de protección de menores será la encargada de promover las medidas de protección adecuadas. La principal finalidad de las consecuencias jurídicas aplicables al menor que delinque es la prevención especial y su carecer fundamentalmente educativo[3].

Algunos autores niegan que la LORPM tenga naturaleza penal en relación a la responsabilidad que se exige a los menores entre 14 y 18 años. Asi se alega por algún sector doctrinal[4] como justificación que, los autores del Anteproyecto, aceptaron en su día llamar penal a un tipo de responsabilidad que no lo es, únicamente para evitar que las competencias en esta materia correspondieran a las Comunidades Autónomas en lugar de al Estado, con las disfunciones que dicha atribución de competencias hubiera supuesto.

Contrariamente, la Fiscalía General del Estado, mediante su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, declaró expresamente la naturaleza penal de la LORPM de la siguiente forma: "*La fuerza expansiva que se ha de atribuir al principio general de retroactividad favorable que el art. 2.2 CP de 1995 aplica a todas las leyes de naturaleza penal -y la LORPM desde luego lo es-, su virtualidad informadora, vincula la interpretación de los apartados 3 y 4 de la Disposición Transitoria única e impone como necesidad la revisión sistemática de todas las penas en fase de ejecución o pendientes de cumplimiento y su sustitución*

[3] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, Actualidad Penal, nº 33, 2000, p. 705

[4] BUENO ARÚS, F., Prólogo, en: Díez Riaza, S. (Coord.): Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pp. 14 y ss.

por medidas de corte educativo en los términos previstos en la propia Ley". La doctrina penal española mayoritaria patrocina la naturaleza penal de la LORPM, con argumentos lo suficientemente sólidos como para considerar acertada esta postura, de entre los que resulta destacable el carácter supletorio del CP y de las leyes penales especiales en lo no previsto expresamente en la misma, según dispone su Disposición Final Primera. Argumentos que, además, se consolidan con base en la propia denominación que recibe la Ley y con las explicaciones manifestadas en su Exposición de Motivos, en la que el legislador reconoce en varias ocasiones que la responsabilidad exigida por la Ley al menor es "penal".

El art. 7.1 LORPM recoge las medidas susceptibles de aplicación a menores y jóvenes. Una de ellas es el internamiento, la más grave privación o restricción de derechos a que pueden dar lugar las medidas del Derecho penal juvenil. Puede ser en régimen cerrado, con lo cual, los menores residirán en el centro y desarrollaran en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. En el régimen semiabierto residirán en el centro, pero realizaran fuera del mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Las personas en régimen abierto, llevaran a cabo las actividades del proyecto educativo en !os servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, de acuerdo al programa y régimen interno del mismo.

La medida de internamiento en régimen cerrado solo podrá aplicarse en hechos tipificados como delitos graves en el Código Penal o en hechos tipificados como delitos menos graves pero se haya empleado "violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas". Asimismo, se podrá aplicar la medida de internamiento en hechos tipificados como delito cuando se cometan en grupo o el menor pertenezca o actué al servicio de una banda. En ningún caso se aplicara en las acciones u omisiones imprudentes.

Otras de las medidas susceptibles de aplicación a menores y jóvenes son:

- Libertad vigilada. Un profesional efectúa un seguimiento de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación o al lugar de trabajo. La persona sometida está obligada a mantener con el profesional las entrevistas establecidas en el programa y a las reglas de conducta impuestas por el juez.

- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, seleccionados de forma adecuada.
- Asistencia a un centro de día. Permanecen en el domicilio habitual y acuden a un centro plenamente integrado en la comunidad a realizar actividades.
- Permanencia de fin de semana en un domicilio o en un centro hasta un máximo de 36 horas entre la tarde del viernes y la noche del domingo, hasta un máximo de 4 fines de semana.
- Inhabilitación absoluta. Supone la privación de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recaiga, aunque sean electivos.
- Prestaciones en beneficio de la comunidad. No podrá imponerse sin su consentimiento. Realizara las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad, hasta un máximo de 50 horas.
- Realización de tareas socio-educativas. Sin internamiento ni libertad vigilada, para facilita el desarrollo de la competencia social.
- Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier otro tipo de armas.
- Amonestación. Reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos y sus consecuencias.

Junto a las medidas sancionadoras educativas existen en la Ley, medidas de seguridad, que se aplican a los menores comprendidos en las eximentes de los números 1°, 2° y 3° del artículo 20 del Código Penal. Se trata de las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio:

- En el caso del internamiento terapéutico, el centro realizara una atención educativa especializada o tratamiento específico de las alteraciones psíquicas, dependencia del alcohol o las drogas, alteraciones de la percepción, etc.
- En el caso del tratamiento ambulatorio, habrán de asistir al centro designado con la periodicidad que fijen los facultativos para seguir el tratamiento adecuado.

La Ley, en su artículo 7.3, determina que para la elección de la medida más adecuada se atenderá no solo a aprueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

En el caso de menores, tanto el cumplimiento de las medidas privativas de libertad como la detención y las medidas cautelares de internamiento se cumplirán siempre en centros específicos para menores. Asimismo, el Juez de menores podrá acordar, en interés del menor o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y que en ningún caso se permita que los medios de comunicación obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación.

El Juez de menores puede dejar sin efecto las medidas impuestas, reducir su duración o sustituirlas por otras, por tiempo igual o menor al que reste para su cumplimiento, "*siempre que la modificación redunde en interés del menor y se exprese suficientemente a este el reproche merecido por su conducta*". Cuando se trate de jóvenes mayores de 16 años, en los supuestos de extrema gravedad, solo se podrá dejar sin efecto, reducir la duración o sustituir la medida impuesta cuando haya transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Es importante resaltar que el Ministerio fiscal puede desistir de la incoación del expediente, cuando se trate de menores de 16 años y los hechos sean constitutivos de delito menos grave sin violencia o intimidación, dando traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores con el fin de que se les apliquen las normas de protección de menores.

La reparación del daño causado y la conciliación del menor delincuente con la víctima, con la mediación, en ambos casos, del equipo técnico, o el compromiso de cumplir la actividad educativa propuesta por el mismo pueden dar lugar al sobreseimiento del expediente, siempre que el hecho imputado sea Constitutivo de delito menos grave.

IV. LAS GARANTÍAS QUE SE DERIVAN DEL RESPETO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DE LAS ESPECIALES EXIGENCIAS DEL INTERÉS DEL MENOR.

Además de los derechos inherentes a todas las personas y los derechos del niño en particular, este reconocimiento expreso se refiere a cuatro principios elementales:

1. El principio acusatorio: el Tribunal Constitucional en sentencia 14/1988 establece que: *"el principio acusatorio trasciende al derecho contenido en el art. 24 de la Constitución y comprende un haz de garantías adicionales, entre las cuales se encuentra la de que el pronunciamiento del órgano judicial se efectúe precisamente sobre los términos del debate tal y como se han planteado en las pretensiones de la acusación y la defensa, lo que implica que el juzgador penal está vinculado por la pretensión penal acusatoria compuesta, tanto por los hechos considerados punibles como por su calificación jurídica, de modo que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso –ni objeto, por lo tanto, de acusación- ni puede calificar estos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido por la acusación"*. El contenido esencial del principio acusatorio se concreta en que no puede haber juicio sin una previa acusación, que ésta se ejercite por un órgano distinto al que ha de juzgar y que entre la acusación y la condena exista correlación, de tal forma que no se puede condenar por hechos distintos de los que ha sido objeto de la acusación, ni por delito más grave ni por circunstancias agravantes, grados de perfeccionamiento, grados de participación más severos que los de la acusación[5]. Pero además también comprende el derecho de todo detenido a ser informado en un lenguaje claro, comprensible y de forma inmediata de los hechos que se le imputan, las razones de su detención y los derechos que le asisten (art. 17 de la LORPM). El principio acusatorio lo ostenta la fiscalía de menores; El art 8 de la LORPM establece que: "El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. (Párrafo 1. º del artículo 8 redactado por el apartado primero de la disposición final segunda de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre).

2. El derecho a la defensa: todo menor detenido tiene derecho en primer lugar a que se notifique inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a sus representantes legales, además, su declaración se llevará a cabo en presencia de quien ejerza la patria potestad; si no fuera posible o recomendable, se hará cargo otro fiscal distinto al instructor, art. 1.2 de LORPM. Partiendo de esta peculiaridad por razones obvias de edad y carecer de plena capacidad de obrar, todo detenido, tal y como

[5] MONTAÑÉS: Las garantías constitucionales del proceso penal: el principio acusatorio. BIB 202/42, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 21/2001. Pamplona 2001.

consagra el at. 24 CE tiene derecho a la asistencia letrada en todas las instancias policiales y procesales así como la defensa en juicio.

3. La presunción de inocencia: huelga decir que se trata de uno de los pilares "maestros" de Estado de Derecho, nadie puede ser condenado mientras no se demuestre su culpabilidad. Se presume la inocencia hasta tanto en virtud de un proceso justo con todas las garantías basado en el principio contradictorio (el peso de la prueba la tiene la acusación, es decir el ministerio fiscal y en su caso, la acusación particular) se demuestre la responsabilidad penal "secundum allegata et probata" y se contemple en la sentencia condenatoria que, una vez sea firme, supondrá la culpabilidad del imputado.

4. Derecho a un juez imparcial: el at. 24.2 de la CE determina como un derecho fundamental de los españoles el derecho a un juez imparcial ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías.

V. PRINCIPIOS RECTORES EN EL AMBITO DE APLICACIÓN A MENORES.

1.- Principio de flexibilidad.

Debe partirse principalmente en la flexibilidad para la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto. En este punto se introduce un factor muy determinante de la normativa sobre justicia juvenil: el principio de flexibilidad, que permiten al juez, con todas las garantías y previa petición u oídas todos los agentes que intervienen en el proceso, aplicar ad hoc la normativa en muchos supuestos y modificar las medidas impuestas. La flexibilidad permite en primer lugar poder aplicar la ley y sus consecuencias a cada menor en atención a su estado psicosocial y situación personal y familiar y, lógicamente, a las circunstancias concurrentes en la comisión del delito y, en segundo lugar poder modificar posteriormente la medida impuesta en la propia sentencia, cuando según la evolución del menor y su comportamiento, así lo aconsejen. Esta posibilidad de cambiar la medida se ha mostrado como la mejor herramienta motivadora de los menores durante la ejecución de la medida, tanto por ser una "amenaza" cual espada de Damocles, como por tratarse de un acicate en su evolución hacia la verdadera reinserción social. La LORPM lo tiene presente en muchos artículos, pudiendo destacarse el 7.3: *"Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de*

modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor".

2.- Principio de oportunidad:

Es: *"la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado*"[6], principio este enlazado al principio de flexibilidad. Este principio de oportunidad se manifiesta partiendo del carácter episódico de los hechos denunciados y atendiendo a la escasa gravedad del ilícito, la carencia de antecedentes, edad mental del menor y otras circunstancias, que, finalmente se ha plasmado en un instrumento de gran trascendencia jurídico-procesal en manos de la fiscalía como es el desistimiento del expediente contemplado en el artículo 18 de la LORPM.

3.- Principio de proporcionalidad:

Al hablar de las Reglas de Beijng, la regla quinta viene a recomendar la utilización del denominado principio de proporcionalidad, es decir, aplicar el derecho penal como una respuesta proporcional a la edad del delincuente infractor, no sólo a la clásica utilización del principio según el cual se busca imponer un castigo proporcional al daño causado. Para su ejercicio, nada mejor que la enorme versatilidad de las medidas contempladas en el art. 7 y sus múltiples combinaciones para adecuar convenientemente esa proporcionalidad entre el mal producido y la respuesta más adecuada desde el derecho penal juvenil

4.- Principio de intervención mínima:

La mediación en derecho penal es un principio general basado en la necesidad de que el derecho penal debe ser la última ratio a la que acudir para solucionar los conflictos, evitar la excesiva judicialización de la vida cotidiana, sólo para los casos extremos en que ha de intervenir el estado con el peso de la Ley, que para eso está, pero actualmente se acude a la fiscalía de menores en demasiadas ocasiones para mediar en asuntos que a veces no merecen más que una reprimenda o una adecuada respuesta

[6] GIMENO, V. Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio, Revista Poder Judicial, núm. especial III.

educativa en el ámbito familiar. Partiendo de esa idea, la LORPM contiene una eficaz y vanguardista.

VI. MEDIDAS DE PREVENCIÓN CONTRA LA DELINCUENCIA JUVENIL

Desde el punto de vista criminológico hay varias formas de respuesta al delito: la disuasión (para prevenir la criminalidad), la resocialización (reeducar y rehabilitar al infractor) y la integración (reparación de daño, conciliación y pacificación de las relaciones sociales).

1.- La disuasión

Este modelo clásico de respuesta al delito pone el acento en la capacidad punitiva del Estado, en el justo y necesario castigo del delincuente como satisfacción y compensación a la víctima. Parte del supuesto que la criminalidad se puede prevenir atendiendo al impacto que el efecto disuasorio del sistema pueda tener sobre el delincuente: Sin embargo, este modelo presenta algunos contrapuntos. En primer lugar porque la disuasión no tiene el mismo efecto sobre todos los delincuentes ni se puede hacer un pronóstico de su efecto. Por otra parte, estos modelos de disuasión suelen caer en una peligrosa inercia que suele derivar en fórmulas de rigor excesivo. Por último, hoy en día existe la evidencia de que, lo severo del castigo, es tan solo una variable de las muchas que intervienen en el mecanismo disuasorio.

2.- La resocialización

Este modelo propugna la intervención positiva sobre el penado para su posterior plena integración social en lugar de estigmatizarle. Puede actuarse a niveles: evitando que, cuando cumplen las medidas en un centro "adquieran" nuevas actitudes o hábitos delictivos, influyendo sobre su comportamiento presente e incidiendo en su futura conducta para que su integración social sea total. El Juez de menores puede dejar sin efecto las medidas impuestas, reducir su duración o sustituirlas por otras "siempre que la modificación redunde en interés del menor". Y es que, el contacto del menor sancionado con otros delincuentes en el mismo centro puede ser tan o más negativo que los motivos que le han llevado

3.- La integración

Este sistema procura satisfacer los intereses, expectativas y exigencias de todas las partes implicadas en el problema, con armonía y ponderación. Parte del supuesto

que el delito es un conflicto interpersonal y que su solución debe partir por los propios implicados en el mismo, desde dentro, en lugar de venir impuesta por el sistema. Si bien es el más ambicioso de los modelos expuestos no siempre es posible su aplicación.

Difícilmente, una familia que ha perdido uno de sus miembros en un delito de sangre estará dispuesta a asumir este modelo. Dejando a un lado las diversas teorías, hay una cuestión segura: asi como la delincuencia es fruto de diversas variables que interactúan entre si y no se puede analizar de forma aislada, tampoco asi sus soluciones.

EI crimen es un problema social y comunitario y, como tal, debe ser tratado. Por tanto, es necesaria una implicación directa de todo el entorno del menor, adolescente joven. *"Para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia*", según la resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Una de las razones que puede fomentar la indisciplina es el propio desconocimiento de que, están realizando un acto prohibido. Interpretan el acto como una gamberrada propia de su edad, que forma parte de su diversión cotidiana. Para evitar que incurran en estos delitos, primero hay que informarles y formarles sobre las conductas prohibidas por la Ley.

En caso que el adolescente haya cometido un acto delictivo ocasional, el trabajo debe encaminarse a que no se repita en el futuro: la colaboración de los centros educativos y de los padres es esencial. Las tareas socioeducativas o las amonestaciones pueden dar resultados. Por ejemplo, en los casos de indisciplina grave pero no delictiva (peleas, burlas, danos materiales en el centro escolar, etc) debería procurarse un acercamiento del agresor al daño realizado con mediadores neutrales e intentar un acuerdo voluntario de reparación o disculpa. Lógicamente, el papel de control paterno no acaba en la información. Hay que hacer una exhaustiva tarea de control y supervisión, respetando en la medida de lo posible su libertad personal .Debiendo establecerse un contacto directo con docentes y establecer una estrategia común y hacer un seguimiento de los comportamientos violentos, si los hubiera. Una buena medida es canalizar las conductas agresivas de un menor hacia algo positivo, como pudiera ser el deporte u otras actividades.

VII. CONCLUSIONES

En estos 17 años de vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, es de destacar el papel relevante que han tenido Jueces y Fiscales de Menores, responsables últimos de aplicar la norma y velar por el interés superior de los menores. Especialmente cabe mencionar las conclusiones alcanzadas en las Jornadas de Magistrados/as de Menores de 2.011, en las que éstos manifestaron su satisfacción con los resultados de la aplicación de la Ley Penal del Menor, considerando la misma como: "*un instrumento eficaz para facilitar la reinserción y la adecuada integración del menor en la sociedad", haciendo referencia a que las sucesivas reformas se han traducido en un retroceso en el espíritu de la norma, lo que ha llegado a "desnaturalizar la filosofía humanizadora y reeducadora de la Ley*".

Este ha sido, sin lugar a dudas, un tema convulso, con gran carga social y política, en cuyo discurso y crecimiento argumental no ha sido fácil consensuar la máxima de primar el interés superior del menor, ajustarse al estado de derecho y responder de manera razonable a las exigencias que, desde la perspectiva social, se alzan como respuesta y reacción a situaciones altamente sensibles por su relevancia.

Por ultimo cabe citar las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño al Estado español del año 2010, en las cuales el Comité estableció la necesidad de que España continúe fortaleciendo el cumplimiento de las disposiciones de la Convención de Derechos del Niño y del conjunto de reglas y estándares internacionales de las Naciones Unidas en materia de justicia juvenil. De forma específica, entre otros aspectos, el Comité hizo hincapié, en la necesidad de potenciar mecanismos de prevención y garantizar el carácter de última ratio de las medidas privativas de libertad, fomentando así el empleo de medidas en medio abierto.

* * * * * *

Julia Serrano Trigueros
Abogada en ejercicio. Máster en Derechos Fundamentales. Socia de la FICP.

~La nueva agravante de género~

I. INTRODUCCIÓN

En el catálogo de las circunstancias genéricas contenidas en el art. 22 CP y, concretamente, en su número 4º, la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha venido a introducir una nueva agravante genérica, aludiendo a que el culpable haya cometido el delito por "razones de género". Ya en la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica se explica que: "En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2.011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones sociales construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferentes del que abarca la referencia al sexo".

Añade la Exposición de Motivos que "en materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal".

Esta nueva circunstancia agravante genérica no ha estado exenta de críticas, se apunta desde algunos sectores doctrinales que la nueva agravante responde a un tipo de Derecho Penal simbólico, a un exceso punitivo innecesario que no tiene sentido real, pues dichas conductas ya venían siendo tipificadas con anterioridad a la reforma. La nueva agravante tampoco estará exenta de problemas en el marco de su aplicación práctica, surgen varias preguntas, si el marido mata a su mujer, ¿además de la agravante de parentesco podrá ser aplicada la nueva agravante de género?, ¿deberá ser aplicada en esos supuestos la nueva agravante de género en lugar de la agravante de parentesco?, ¿deberá seguirse aplicando únicamente la nueva agravante de parentesco?.

Todas estas cuestiones nos llevan a analizar la agravante discriminatoria por razón de género del art. 22.4 del CP, los niveles de protección existentes frente a la violencia

de género hasta la promulgación de la LO 1/2015 y los pretendidos con la reforma. Toda ello, para concluir que está justificada su introducción y que supone un avance más en la lucha contra la erradicación de la denominada violencia de género.

II. LA AGRAVANTE POR RAZÓN DE SEXO COMO PRIMERA PROTECCIÓN A LA MUJER.

La primera introducción de esta protección fue en el CP de 1.822. En él se recogía expresamente una agravante por discriminar al sexo femenino. Esta circunstancia fue heredada por el CP de 1.848, aunque en este caso sin hacer mención expresa al término femenino, por lo que tal y como aprecia REBOLLO VARGAS[1], dio pie a interpretar que se refería al sexo femenino.

Esta interpretación la fundamenta en el hecho de que la jurisprudencia de aquellos años precisaba para apreciar este tipo de agravante que el sujeto activo, es decir, el agresor, fuese masculino mientras que la víctima debía ser mujer. La jurisprudencia también exigía que, en la comisión del delito, el sujeto activo actuase con ánimo de despreciar a la mujer, añadiendo el hecho de que si era la mujer la que provocaba, se excluía la agravante.

No obstante, la inclusión de esta agravante en el CP fue cuestionada y finalmente derogada con la reforma del CP de 1.983. Esta derogación se fundamentó en el hecho de que la CE incluía un mandato de igualdad entre hombres y mujeres, mandato que se veía vulnerado según ellos, por la apreciación de la agravante por razón de sexo. Otro de los criterios para derogar dicha agravante fue el hecho de que la existencia de la misma se veía fundamentada en la diferencia de fuerza física entre el hombre y la mujer, situación que podía derivarse a la agravante de abuso de superioridad.

Posteriormente, tras su derogación, la misma fue de nuevo introducida, junto con el resto de los motivos de discriminación en el CP de 1.995, a través de la LO 4/1995 de 11 de mayo.

Respecto a esta agravación, sostiene REBOLLO VARGAS[2], que "nada tiene que ver con la antigua agravante de desprecio de sexo derogada, sino que el principio sobre el que gravita el fundamento de la agravante es la ejecución de un acto en base a móviles que encuentran su fundamento preponderante en la discriminación, no en otro motivo",

[1] REBOLLO VARGAS, en Revista General de Derecho Penal, núm. 23, 2015, p. 9
[2] REBOLLO VARGAS, en Revista General de Derecho Penal, núm. 23, 2015, p. 12

como puede ser el caso de la diferencia de fuerza física y la necesidad de proteger al físicamente más débil, fundamento de la derogada agravante por razón de sexo.

Continúa REBOLLO VARGAS exponiendo que en la agravante por razón de sexo, el sujeto pasivo debía ser la mujer ya que "uno de sus fundamentos era la indefensión, la inferioridad o, incluso, el hecho de proteger a la mujer por el hecho de serlo", ello a pesar de que la redacción del precepto penal no especifique que la protección por razón de sexo se dirija exclusivamente a la mujer. Esto es lo que opina un sector de la doctrina basándose en el hecho de que la protección que realiza el art. 14 CE, va dirigida a aquellos grupos que por sus características son especialmente vulnerables, por lo que, en principio, no cabría incluir en este grupo al colectivo masculino, ya que es evidente que social, cultural, económica y religiosamente no ha sido un colectivo especialmente vulnerable o atacado por sus características.

Atendiendo al mismo desarrollo social, cultural, religioso, etc., las mujeres siempre han estado en una posición de inferioridad, de subordinación y de debilidad. En definitiva, las mujeres ocupan un posición deficitaria, tradicionalmente discriminada con respecto a los hombres y que, además, en la inmensa mayoría de los supuestos discriminatorios es la mujer el objeto de esos comportamientos, aunque ello no excluye que los hombres puedan ser, asimismo, objeto de discriminación y, por lo tanto, sujetos de ese mandato constitucional de no discriminación.

El art. 1.1 CE recoge que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Es un mecanismo de protección neutro, recoge la igualdad de toda persona que pudiera ver vulnerada su libertad, incluida, la de los hombres.

No obstante, como puede verse a lo largo de las líneas anteriores, en ningún momento se habla de género, discriminación por razón de género, etc., sino de sexo biológico, dando por protegido el mismo a través de la agravante genérica ya analizada. Sin embargo, es insuficiente esta protección tal y como podrá verse en los expositivos siguientes, se hace precisa una protección por razón del género.

Con la LO 10/95 de 23 de noviembre, se aprobó el actual CP, regulando las circunstancias agravantes en el art. 22, incluyendo junto a las anteriores, las de

discriminación por razón de sexo, orientación sexual o enfermedad o minusvalía de la víctima.

La LO 5/2010 de 22 de junio, modificó el artículo 22 CP para incluir junto a aquellas motivaciones, la de obrar por razón de discriminación por razón de identidad sexual.

Finalmente, el CP, art. 22.4º, tras la reforma operada por la LO 1/2015, ha quedado redactado del siguiente tenor:

"4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación en la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad".

III. L.O. 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL.

Hasta que se promulgara la reseñada ley, las reformas legislativas que habían surgido en España para acabar con la lacra social de la violencia de género, eran reformas sectoriales. Uno de los aspectos más relevantes de la Ley es su ámbito multidisciplinar, en torno a la misma se unificaron todas las fuerzas políticas con un único objetivo e idea general que constituye el verdadero espíritu de la Ley: la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres desde la coordinación de todos los sectores sociales.

La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud), y su libertad y dignidad misma están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales.

El hecho de que la violencia de género se convierta en un asunto público, en vez de privado como se venía creyendo a lo largo de los años, fue plasmado en la exposición de motivos de la comúnmente denominada Ley Integral, lo que supuso un gran avance ya que ahora los poderes públicos deben velar por la protección de las

víctimas inmersas en la definición de violencia de género. MUÑOZ CONDE[3], señala que "hasta que no empezó a extenderse en el mundo el pensamiento feminista no empezó a ganar terreno la idea de que la violencia doméstica, aún no se usaba el término violencia de género, no era un asunto privado". Ello a pesar de que, como dice COMAS D'ARGEMIR Y CENTRA[4], fuese en 1.993 cuando "Naciones Unidas declaró que la violencia contra las mujeres es un grave problema para los Estados porque atenta a los derechos humanos y obstaculiza el desarrollo de los pueblos".

Es necesario destacar que la Ley integral fue la primera en hablar y definir el concepto de violencia de género que hasta el momento se había identificado como violencia doméstica. Es a partir de la promulgación de la LO 1/2004 cuando pude hablarse de dos tipos de violencia diferentes entre sí.

Para LAURENZO COPELLO[5], la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja ha sido incluida dentro de la violencia doméstica debido a que existía la idea de que era necesario proteger a las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad por su situación de subordinación al agresor. Sin embargo, considera este autor, que los miembros del grupo doméstico son naturalmente vulnerables, a la mujer, en cambio, es el agresor quien la hace vulnerable a través del ejercicio de la violencia. Añade que la "causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares, sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales". Por todo ello, ha de distinguirse la violencia de género de la violencia doméstica, ya que, además, a pesar de que la mayor parte de casos de violencia de género se dan en el ámbito doméstico de la pareja, no es el único ámbito en el que se ejerce violencia sobre la mujer por el hecho de serlo.

La Ley "tiene como objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad, y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia"[6]. Este objeto se justifica, por una parte, en la "especial

[3] MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 10ª ed., p. 193.
[4] COMAS D'ARGEMIR Y CENTRA, La aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, 2007, p. 12
[5] LAURENZO COPELLO, La violencia de género en la Ley Integral, 2005, p. 4
[6] Art. 1.1 LO 1/2004 en su redacción originaria.

incidencia" que tiene, "en la realidad española , las agresiones sobre la mujer" y en la peculiar gravedad de la violencia de género, "símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad", dirigida "sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión", y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja.[7] Por otra parte, en cuanto este tipo de violencia "constituye uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución , los poderes públicos no pueden ser ajenos".

De la anterior redacción se desprende que la Ley se ciñe a la violencia que se produce dentro de las relaciones de pareja, matrimoniales o semejantes a ellas.[8]Sin embargo, las mujeres sufren violencia de género en otros ámbitos diferentes de la pareja, como puede ser en el ámbito laboral, público, etc.; la protección que se otorga es limitada.[9]

Una de las novedades de la LO 1/2004 en el ámbito de la intervención punitiva, consiste en la creación de figuras agravadas destinadas a proteger de modo específico a la mujer que fuere o hubiera sido paraje del autor de la agresión. En este sentido, la mujer, víctima de la violencia de género tiene una protección penal reforzada que recoge los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código Penal. Estos subtipos agravados han sido objeto de numerosas Cuestiones de Inconstitucionalidad resueltas por el Alto Tribunal en diferentes sentencias, STC nº 59/08; 80/08; 81/08; 127/09; 41/10; 45/10; en las que se profundiza en el fundamento de la agravación y, así, se afirma que cuando el legislador de 2.004 utiliza el término género no lo hace en referencia a una discriminación por razón de sexo.[10]La razón por la que se sólo se modificara aquellos preceptos y no otros, se debió a que se entendió que la violencia

[7] Exposición de Motivos LO 1/2004.

[8] Téngase en cuenta la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de Protección de la Infancia y Adolescencia, que modifica el artículo 1.2 de la Ley Integral y reconoce a los hijos menores y a los mayores sujetos a tutela, o guarda y custodia, víctimas directas de esta violencia.

[9] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII legislatura, agosto 2017.

[10] STC nº 59/08 "(…). No es sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación especialmente lesiva de violencia y de desigualdad".

sobre la mujer en el ámbito de la pareja o ex pareja, es una violencia instrumental, discontinua y cíclica, que se manifiesta cada vez con más intensidad; por tanto, se hacía necesario dar una respuesta contundente a las primeras manifestaciones para evitar la reiteración de los ciclos, impidiendo la comisión de hechos más graves. Es decir, el legislador atendió más al efecto preventivo especial de la respuesta penal que a otros fines.

IV. EL CONVENIO DE ESTAMBUL.

El Convenio núm. 210, *sobre la prevención y la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica*, de 11 de mayo de 2011, denominado "Convenio de Estambul", ha aportado, por primera vez en el ámbito europeo, un Tratado internacional de carácter vinculante, en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, para hacer frente a la que se considera una grave violación de derechos humanos.

El Convenio, ratificado por España en el mes de abril de 2.011, entró en vigor el 1 de agosto de 2014. En su virtud, los Estados Parte adquieren una serie de compromisos entre los que, por lo que aquí importa, destaca la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito la violencia física, psicológica y sexual, el acoso, los matrimonios forzados, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y esterilización forzosos y el acoso sexual, y aquellas medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de esos actos de violencia, no se considere nunca a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto «honor» como justificación de dichos actos.

El Convenio de Estambul define la "violencia contra la mujer" como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada", artículo 3.a, y la "violencia contra la mujer por razones de género" como "(…) toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada", utilizando así la definición dada por la Recomendación General 19 de 1992 de la CEDAW. De igual forma, en el apartado c) del mismo artículo define el término género, como "los papeles,

comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres".

Junto a la tipificación de tales delitos y, derivado del carácter transnacional de algunas de las figuras penales que se ordena incluir en las legislaciones internas de los Estados parte (piénsese, por ejemplo, en la mutilación genita, o el matrimonio forzado, que necesariamente conllevan desplazamientos transfronterizos, de niñas o adultos…) se disponen reglas especiales de competencia, que se detallan en el artículo 44 y que ordenan la adopción de las medidas "legislativas o de otro tipo necesarias", para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el Convenio, cuando la víctima del delito sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio.

En coherencia con lo anterior, se articula y exige a las Partes un mecanismo de cooperación internacional, y en concreto la asistencia judicial en materia penal a los siguientes fines: *"a) Prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito del presente Convenio; b) Proteger y asistir a las víctimas; c)Llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con los delitos establecidos en virtud del Convenio, y d) Aplicar las sentencias civiles y penales pertinentes dictadas por las autoridades judiciales de las Partes, incluidas las órdenes de protección."*

El Convenio asume e integra el principio de diligencia debida de los Estados, desarrollado por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo y de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, que determinará la obligación de aquéllos para prevenir, perseguir y sancionar, tales conductas y, en su caso, reparar el daño causado.

Y obligando a los Estados a velar por la puesta en marcha de cualesquiera medidas legislativas en orden a la persecución y castigo, es destacable, por novedoso, que en relación al proceso penal que se desarrolle como consecuencia de la comisión de delitos en los que pretenda invocarse la cultura, la costumbre o la religión se oponga, lo que el Convenio denomina, en su artículo 42 *"la justificación inaceptable de delitos cometidos supuestamente en nombre del "honor".*

Se preceptúa la imposición de sanciones "efectivas, proporcionales y disuasivas" y se catalogan hasta nueve agravantes de la responsabilidad en la comisión de un acto de violencia. El artículo 46 del Convenio recoge estas agravantes que los Estados parte

del mismo deberán adoptar, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito de acuerdo con las disposiciones del derecho interno.

V. LA NUEVA AGRAVANTE DE GÉNERO.

Tras ratificar España el Convenio de Estambul y obligarse por el mismo, es la LO1/2015 la que en su preámbulo expresa que "en materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal". Además, hace referencia expresa a que hay que entender el género de la forma que lo define el Convenio de Estambul, es decir, que hay que entenderlo como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad considera propio de mujeres o de hombres"[11].

La modificación que aquí interesa es la agravante del artículo 22.4 del Código Penal, que recogía una serie de motivos discriminatorios a los que ha añadido el motivo "por razones de género", quedando redactado el mismo de la siguiente manera:

"Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otras clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación i identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad".

Como se puede observar, en la redacción de la agravante convive la discriminación referente al sexo con la discriminación por razones de género, algo que puede llevar y, de hecho, lleva a confusión.

1. Sexo y Género

El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar[12].

[11] Exposición de Motivos LO 1/2015

[12] Recomendación General Nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, CEDAW, 16/12/2010.

En igual sentido, la OMS dice que "el sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres", concluye que "El macho" y la "hembra" son categorías sexuales, mientras "masculino" y "femenino" son categorías de género".

Como ya hemos expuesto, también el Convenio de Estambul, art. 3.c, dice que por "género se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o hombres".

Por tanto, las Instituciones Europeas y nuestro ordenamiento jurídico se decantan por relacionar el sexo con la condición biológica de ser hombre o mujer y el género con las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, con los roles y estereotipos que colocan a la mujer en un papel secundario y de subordinación en las relaciones personales y sociales.

2. Naturaleza de la agravante discriminatoria por razón de género.

Para MIR PUIG, conforme a la distinción que las Instituciones Europeas y nuestro propio ordenamiento jurídico efectúan de los término "sexo" y "género", la novedad obedece a que el género entendido como los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, "puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo"[13]

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN[14], incluyen la agravante del artículo 22.4 Código Penal, entre la clasificación de circunstancias subjetivas que ellos realizan, que recoge el hecho de cometer el delito por motivos racistas o discriminatorios. Añaden los autores que en estos casos "el delito se agrava por algo que pertenece al fuero interno del autor".

AGUILAR CÁRCELES realiza un análisis sobre este aspecto en concreto y se pregunta si la incorporación de esta agravante al Código Penal es una incorporación novedosa o si por el contrario sirve únicamente para cumplir los compromisos

[13] MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, p. 657
[14] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal, Parte General, p.524

internacionales como el del Convenio de Estambul. Por ello, plantea si dicha iniciativa "responde más a un tipo de Derecho Penal simbólico, que verdaderamente a una necesidad real, pues dichas conductas ya venían siendo tipificadas con anterioridad a la reforma"[15].

BORJA JIMÉNEZ[16], otorga una función puramente simbólica a la agravante. Afirma que la violencia machista estaba protegida antes de añadir esta agravante "por razón de género", en el artículo 22.4 CP y en diferentes lugares del CP, como los redactados con la LO 1/2004. Además, dice que se encontraba la agravante por razón de sexo, identidad sexual e incluso la circunstancia mixta de parentesco, por lo que añade que "no se entiende muy bien, entonces, que a todo este arsenal punitivo de específica protección de la mujer frente a la más graves conductas machistas, se añada ahora esta modalidad de incremento punitivo por razones de género". Añade que hay que buscar una interpretación que otorgue lógica y sentido a su aplicación. Así, opina que la distinción debería buscarse desde el punto de vista de la víctima de la agravante por razón de sexo y de la agravante por razones de género. Entre las primeras víctimas engloba la posibilidad de que pueda ser víctima un hombre por ser varón por parte de un grupo feminista radical. Por el contrario, la de razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, es decir, las que cometa un hombre contra una mujer para imponer su dominio y su trato hacia las mismas como inferiores.

No obstante, este autor continúa diciendo que ello dificultaría la interpretación y aplicación de la circunstancia mixta de parentesco; concluye "que la agravante por razones de género no va a ampliar la protección de los derechos de la mujer frente a la criminalidad machista pues los mismos supuestos agravados que puedan considerarse con la nueva ley, tenían de igual forma cobertura con la antigua". En consecuencia, otorga una función simbólica.

AGUILAR CÁRCELES, señala que habría que distinguir dos componentes en relación a la agravante por razón de género, uno objetivo relativo a la existencia real de la característica tutelada por la Ley Penal y, otro subjetivo referente al elemento subjetivo presente en el autor", continúa diciendo que "en cualquier caso, sería necesaria la concurrencia de ambos componentes para apreciar la agravante de género".

[15] AGUILAR CÁRCELES, Circunstancias agravantes genéricas, p. 58 a 63
[16] BORJA JIMÉNEZ, La circunstancia agravante de discriminación, pp. 119 a 123.

La SAP Barcelona, Sección 20ª, nº 921/2016, 15/11/2016, considera que la mayor culpabilidad trae causa de la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa su acción delictiva, siendo por ello necesario que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito[17].

VI. APLICABILIDAD DE LA NUEVA AGRAVANTE.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 explica que la discriminación por razón de género no atiende tanto, como se deja establecido en el marco normativo internacional, al sexo de la víctima o víctimas (a su condición de mujer o de hombre) como a los comportamientos, atribuciones, roles si se quiere, que una sociedad concreta considera propios de hombres o mujeres. No es tanto que el marido golpee a la esposa por su condición de mujer (sexo) sino en el desarrollo o desempeño de unos roles o atribuciones que una determinada sociedad atribuye al sexo de éste (género). La golpea porque la mujer no se halla en un plano de igualdad con el hombre sino, de un modo u otro, sometida o, cuando menos, tutelada por éste. La distinción es clara, al menos desde el plano teórico, aunque los perfiles resulten más difusos cuando se plasma en la práctica. Sirve, sin embargo, para comprender que no se trata de privilegiar, desde el punto de vista de su protección penal, a un sexo sobre otro, o de endurecer la sanción en atención al sexo del sujeto activo; sino de desvalorar y reprimir aquellas conductas que obedecen a esas atribuciones o roles censurables asociados a los diferentes sexos que están en el origen, como factor criminógeno central, de multitud de ilícitos penales (agresiones, detenciones ilegales, amenazas, homicidios, etc.).

Parece medianamente claro que los delitos modificados por la LO 1/2004 para dar una respuesta punitiva al plus de antijuricidad que supone ejecutar el hecho como manifestación de dominio, de relación de poder o de desigualdad, los diferentes tipos integrantes de la denominada violencia de género, en los que se exige que el sujeto

[17]La SAP Barcelona, Sección 20ª, nº 921/2016, 15/11/2016, "(…) La citada agravante debe tratarse con prudencia por cuanto no todo delito en el que la víctima sea la esposa o mujer unida al autor por una relación análoga a la matrimonial puede llevar objetivamente a su aplicación, dado que la mayor culpabilidad trae causa de la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa su acción delictiva, siendo por ello necesario que la motivación de actuar por razones de genero sea la determinante para cometer el delito. La agravante tiene como finalidad evitar toda conducta que entrañe una discriminación de la mujer que sea o haya sido la esposa o la compañera sentimental del autor, lo que nos lleva a entender que la circunstancia es de carácter eminentemente subjetivo.

Por ello, consideramos que debe practicarse en el juicio prueba relativa a la intencionalidad del aquel o lo que es lo mismo debe quedar acreditado que el autor no sólo quiso matar a su compañera sentimental, sino también que cometió el delito de homicidio por razones de género, o en otras palabras que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquella por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental.

activo sea varón y la víctima su esposa, actual o pasada o persona que esté o hubiera estado ligada a éste por una análoga relación de afectividad (artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP), la nueva circunstancia agravante no podrá ser aplicada en la medida que aparece ya contemplada en la propia estructura de los respectivos tipos penales.

El art. 67 CP, recoge los supuestos en los que las circunstancias agravantes no pueden aumentar la pena correspondiente porque resultan inherentes a determinados delitos. Lo contrario supondría valorar dos veces un mismo hecho, con doble consecuencia sancionadora, circunstancia que impide el principio non bis in ídem. Al respecto, señala SALINERO ALONSO que aunque el principio non bis in ídem no esté recogido en la Constitución Española, resulta de plena aplicación, por cuanto, "se halla implícito en su artículo 25.1 CE, de la mano de los principios de legalidad y tipicidad"[18].

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, señala que la denominada inherencia expresa que recoge la primera parte del art. 67 CP, se da cuando el delito de que se trate prevé circunstancias específicas que está previstas para un delito o grupo de delitos de la Parte Especial del CP y despliegan sus efectos solo en el ámbito del delito o delitos de los que dependen y, éstas coinciden con las genéricas previstas en el Libro I del CP.[19]

Así pues, sirva la paradoja de que la nueva circunstancia agravante genérica, precisamente no resultará de aplicación en el ámbito de los delitos identificados como propios de la violencia de género. La nueva circunstancia agravante resultará de aplicación en aquellos otros ilícitos penales en los que el correspondiente tipo no contempla la conducta, necesariamente, como una manifestación de discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

La identidad en el fundamento entre la agravación contenida en los tipos penales de los art. 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP y la nueva agravante del art. 22.4 CP se deduce de la legislación nacional e internacional y de la propia jurisprudencia del TC[20].

Siguiendo la misma línea, deberíamos preguntarnos si la nueva agravante discriminatoria por razón de género necesita para su apreciación la acreditación de ese

[18] SALINERO ALONSO, Teoría General, Circunstancias Modificativas, p. 123.
[19] MARÍN DE ESPINOSA, Las circunstancias del delito, p. 437.
[20] STC 59/08 "(…) por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad" y que "(…) corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres".
STC 45/2010, lo que hizo el legislador fue "apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas", que "(…) necesita ser contrarrestado con una mayor pena".

especial elemento subjetivo de dominación, desigualdad o relación de poder entre agresor y agredida. Es decir, cuando la víctima sufre un maltrato leve (art. 153.1 CP), una amenaza leve (art. 171.4), una coacción leve (172.2 CP) o una lesión menos leve (art. 148.4 CP), no debería exigirse una especial prueba del elemento subjetivo de dominación[21]. Sería absurdo e incongruente que no se exija la acreditación de ese especial elemento subjetivo de dominación, desigualdad o relación de poder entre agresor y agredida cuando el hombre le da una bofetada a la mujer que es o ha sido su pareja y que si se exija cuando la apuñala.

Sin embargo, la posición jurisprudencia en relación a la aplicación de las circunstancias recogidas en el art. 22.4 CP es la de exigir la acreditación de la motivación discriminatoria, que ha de concurrir ex ante a la comisión del hecho y debe ser la razón por la cual el autor lo comete. Prueba no exenta de dificultad pus se trata de acreditar un elemento subjetivo que pertenece a los arcanos más íntimos del agresor.[22]

Por ello, para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada. Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los

[21] STS 856/14, de 26 de diciembre, que recuerda "(…)Es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión se enmarca en el contexto de una reprobable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega un sentido contrario. Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a una coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio una agresión en ese marco contextual per se y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos probar".

[22] STS 314/15 de 4 de mayo que señala "Como dice la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, esta agravante ha sido objeto de críticas doctrinales, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, qué es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducirnos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito (..). No obstante los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia"

que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tenga ninguno. Resulta, por ello, necesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participación de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamente en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito.

Es obvio que a esta dificultad probatoria nos deberemos enfrentar en aquellos delitos de violencia de género en los que tal intencionalidad no sea elemento del tipo penal, y ello, a pesar de la incongruencia que se produciría de no aplicar la circunstancia en aquellos actos de violencia más graves y que no fueron objeto de la reforma por parte del legislador en el año 2004.

VII. COMPATIBILIDAD DE LA AGRAVANTE DE GÉNERO DEL ART. 22.4 CP Y LA DE PARENTESCO ART. 23 CP.

Vinculado a la aplicación del principio non bis in ídem, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado criterios para la aplicabilidad o inaplicabilidad de determinadas circunstancias, y se entiende que no son compatibles, es decir, que no se pueden aplicar a la vez, cuando una de ellas implique a la otra. La decisión sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias sólo puede adoptarse analizando el contenido de cada una de ellas y estableciendo si responden o no a realidades distintas. Señalan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN[23] que puede hablarse de incompatibilidades, por ejemplo, entre las circunstancias de alevosía, consistente en utilizar medios debilitadores de la defensa y el abuso de superioridad. Pero esta solución de la jurisprudencia, dice MIR PUIG[24], no puede fundamentarse en el art. 67 CP, sino en el principio de consunción, art. 8 CP, que es uno de los que presiden la teoría del concurso de leyes, que también resulta aplicable a las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

La última cuestión que pretendemos determinar es si, cuando la relación es o ha sido de matrimonio o de convivencia more uxorio (no de noviazgo), es de aplicación la circunstancia agravante de actuar por razones de género (art. 22.4 CP) y, además, la de

[23] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Parte General, 2015, p. 484.
[24] MIR PUIG, Parte General, 2015, p. 630

parentesco (art. 23 CP), o ello supondría vulnerar el principio non bis in ídem proscrito por la Ley.

La agravante del art. 22.4 CP se basa en la discriminación a la mujer por razón de género, exista o no una relación de pareja entre víctima y victimario. La circunstancia agravante de parentesco, tiene por fundamento el menosprecio a los deberes morales u obligaciones que imponen las relaciones familiares o de afectividad, presentes o pretéritas[25]; en concreto, en relación a estas últimas, en la "falta de respeto especial demostrada por el autor en relación a una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre[26]" y que hacen a aquellas conductas merecedoras de una mayor reproche penal.

La primera adquiere, así, un matiz subjetivo, frente al carácter objetivo de la segunda. La relación de parentesco, matrimonio o análoga de afectividad requerida en el art. 23 CP concurriría objetivamente; la discriminación por razón de género, sin embargo, exigiría, en principio, la concurrencia de un elemento objetivo (que la víctima sea mujer) y, otro subjetivo (el ánimo del autor).

Dado que la voluntad del legislador es la de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (…) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada, y no por la simple existencia de la propia relación[27], parece que, en aquellos delitos en los que no sean elementos del tipo penal, se podrían aplicar ambas circunstancias, la primera por ser el hecho manifestación de discriminación por razón de género y la segunda por concurrir esa relación de matrimonio o análoga de afectividad, presente o pretérita a que se refiere el art. 23 CP.

Si en aquellas conductas violentas menos graves, el legislador tiene en cuenta esos dos pluses de antijuricidad de los que hemos venido hablando para castigar más al que agrede a quien sea o haya sido su cónyuge o pareja, y más aún si el cónyuge o pareja agredido es la mujer al considerar esta violencia una manifestación brutal de desigualdad, esas dos circunstancias concurrirán cuando el autor comete actos violentos

[25] STS 840/12 de 31 de octubre
[26] STS 529/14 de 24 de junio.
[27] STS 59/2008 de 14 de mayo.

más graves, como por ejemplo, atentar contra la vida de aquella mujer, al no estar incluido entre los elementos del tipo penal del homicidio y del asesinato, ni la relación de afectividad ni la discriminación. Desde la entrada en vigor de la agravante de género del art. 22.4 CP, deberá aplicarse en tales situaciones, además de la circunstancia agravante de parentesco que hasta ahora se venía aplicando, la nueva agravante de género. Sólo así, se alcanzarán los objetivos pretendidos por el legislador, incorporando al hecho todo el desvalor de aquellos aspectos que normativamente vienen recogidos en el CP art. 23 y 22.4.

VIII. CONCLUSIONES.

La Ley Integral, en un primer momento, permitió dar visibilidad a una realidad que estaba silenciada en el interior de los hogares, actualmente puede no ser suficiente, ya que es necesario contemplar otro tipo de violencia contra las mujeres, de acuerdo con el Convenio de Estambul, es necesario dar un paso más y regular un tratamiento integral del problema, de forma que cualquier violencia que se ejerza sobre la mujer, por el hecho de serlo, reciba ese tratamiento especializado e integral.[28]

Se hace necesario ampliar el concepto de violencia de género conforme a lo exigido por el Convenio de Estambul. La CEDAW, en su Informe de 2015, también señaló que es preciso revisar la Ley Orgánica 1/2004, porque a pesar de ser una buena ley no cubre todo el espectro de violencia de género. MARTÍN NÁJERA, propone que al artículo 1 se añada la frase "(…) o cualquier otra violencia que se ejerza sobre la mujer por el simple hecho de ser mujer, o que afecte desproporcionadamente a la misma"[29].

Ese desvalor, motivado por el carácter especialmente lesivo y del significado objetivo de la violencia como manifestación de una grave y arraigada desigualdad, concurre, igualmente, en otras formas delictivas que no fueron objeto de modificación por la Ley Integral (homicidio, asesinato, amenazas graves, coacciones graves, lesiones graves) si se ejecutan en el ámbito de la pareja o ex pareja, lo que determina y justifica la aplicación de un plus penológico como el introducido por la nueva agravante de género.

[28] CARMONA VERGARA, Comparecencia ante las Cortes Generales para el Estudio y Aprobación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII legislatura, agosto 2017.

[29] MARTÍN NÁJERA, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII legislatura, agosto 2017

Las críticas que desde algunos sectores se realizan en torno a la coexistencia de la agravante discriminatoria por razón del "sexo" y por razón del "género", señalando que pudiera deberse a un olvido del legislador o un plus punitivo innecesario, no están en sintonía con la tendencia legislativa nacional e internacional, así como interpretación jurisprudencial que distingue claramente entre el sexo biológico y los roles que adopta una persona. Ambos motivos tienen naturaleza y fundamentos propios.

La compatibilidad de la agravante de parentesco del art. 23 CP con la agravante de discriminación por razón de género del art. 22.4 CP, se justifica porque obedece a fundamentos político criminales distintos, pues si bien la circunstancia mixta puede funcionar como atenuante o como agravante dependiendo del delito que se trate y englobado a diversos familiares, la agravante genérica por razones de género, únicamente obedece al fin de evitar las discriminaciones hacia la mujer que han existido y existen estructuralmente en las sociedades patriarcales. Sirva como botón de muestra la SAP Santa Cruz de Tenerife, S 23-2-2017, nº 64/2017 y SAP Valencia, S 3-3-2017, nº 145/2017, ambas aplican las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los arts. 23 y 22.4 CP en un delito de homicidio.

En la aplicación de la nueva agravante de género nos enfrentaremos a la dificultad de acreditar su elemento subjetivo, por ello, hubiera sido conveniente que el legislador creara nuevos tipos penales en los que se diera respuesta específica a esas manifestaciones violentas reflejo de la discriminación de la mujer en el ámbito de la pareja o expareja. Podría haber creado un tipo penal específico de homicidio o asesinato de las mujeres en aquellas relaciones afectivas. Esa iniciativa no solo sería congruente con la línea seguida por el legislador para dar respuesta a esa violencia, "símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad " y que "(…) se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad", sino que, además, seguiría la línea mantenida por el Parlamento Europeo en Resolución de 31 de enero de 2014 que "Pide a los Estados miembros que califiquen jurídicamente el asesinato de mujeres por razones de género como feminicidio y desarrollen un marco jurídico para erradicarlo"[30].

[30] PARAMO MARTÍN, Dificultades de aplicación de la nueva agravante, Revista Jurisprudencial El Derecho nº 2, 2016, p.´. 12

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CÁRCELES, Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón de género, en MORILLAS CUEVAS (Dir.), Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dynkinson, 2015.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, XII legislatura, agosto 2017. Trabajos para la Aprobación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

BORJA JIMÉNEZ, La circunstancia agravante de discriminación del art.22.4ª", en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), GÓRRIZ ROYO Y MATALLÍN EVANGELIO (Coords.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2ª Edición, Tirant to Blanch, 2015.

COMAS D'ARGEMIR, La aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, en Fundación José Ortega y Gasset – Gregorio Marañón, Ensayos, año V, núm. 12, 2007.

LAURENZO COPELLO, La violencia de género en la Ley integral, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 07 – 08, 2005.

MARÍN DE ESPINOSA, Las circunstancias del delito, en ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.) Y MORENO-TORRES HERRERA (Coord.), Fundamentos de derecho penal (Parte general), 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, 10ª Edición. Reppertor, Barcelona, 2015.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, Tirant to Blanch, 2013.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal (Parte General).9ª Edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo. Tirant to Blanch Libros, Valencia, 2015.

PARAMO MARTÍN, Dificultades de aplicación de la nueva agravante, Revista Jurisprudencial El Derecho nº 2, 2016.

REBOLLOS VARGAS, La agravante de discriminación por razón de sexo y su fundamento. (Art. 22.4 del Código Penal), en Revista General de Derecho Penal, núm. 23, 2015. 54

SALINERO ALONSO, Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal y art. 66 del CP, Comares, 2000.

* * * * * *

Dr. Francisco Javier Tejedor Muñoz
Secretario judicial, Valladolid. Socio FICP.

~Tratamiento de la alevosía en los delitos de violencia de género: análisis jurisprudencial~

I. NATURALEZA JURÍDICA

El Tribunal Supremo[1], viene aplicando la circunstancia agravante de alevosía a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art.139.1 CP) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art.22.1CP), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza , aunque la Jurisprudencia unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa determinación de los medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi, suprimiendo todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y el deseo del agente obrar conforme a lo proyectado y representado.

Puede decirse, en consecuencia, que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad [2] lo que conduce a su consideración como mixta. [3]

II. PLANOS JURÍDICOS

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos

[1] SSTS. 703/2013 de 8-10 , 599/2012 de 11-7 y 632/2011 de 28-6.
[2] STS 16-10-96.
[3] STS 28-12-2000.

defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación".[4]

Por ello, la jurisprudencia arrancando de una definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos:[5]

a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.

b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de los posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto a cerca de su idoneidad.

c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona un eventual reacción defensiva de aquel. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionalmente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo un situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades.[6]

De lo expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de la posibilidad de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes. [7]

III. TIPOLOGÍA

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, se viene distinguiendo:

[4] STS. 13-3-2000.
[5] SSTS. 155/2005 de 15-2 , 375/2005 de 22-3.
[6] STS 1866/2002 de 7-11.
[7] STS. 178/2001 de 13-2.

a) Alevosía proditoria, equivalente a la traición que incluye la acechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en el que sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquella no espera.

b) Alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquella actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos caso es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque puede preparase contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

c) Alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privadas de actitud para defenderse (dormidas o drogadas).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

La esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19-10-2001, es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de la defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente pude prepararse contra el, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

IV. ALEVOSÍA SOBREVENIDA

Esta modalidad se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente[8]. Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales

[8] SSTS. 1115/2004 de 11-11, 550/2008 de 18-9, 640/2008 de 8-10, 790/2008 de 18-11.

alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación , de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial de la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada [9].

Ahora bien, cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues esta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión. Por lo tanto, solo será posible apreciar la alevosía cunado la acción se haya interrumpido, para reanudarla posteriormente aprovechando la situación creada.[10]

En igual sentido la STS. 357/2002 de 4 de marzo., en un caso en el que el acusado cogió a su esposa por el cuello presionando *hasta que se quedó desvanecida* y como observo que seguía con vida la remató estrangulándola, no se apreció la alevosía sobrevenida, porque es preciso que se inicie una acción delictiva sin carácter alevoso y se continúe después otra distinta contra el mismo sujeto pasivo, lo que no ocurrió en el caso examinado, en el que hubo una única acción.

Sin embargo, no faltan sentencias que entienden que hay alevosía, en la modalidad de sobrevenida, en la acción de seguir golpeando a la víctima ya en el suelo e inconsciente y por tanto totalmente desvalida.[11]

Esta doctrina ha sido matizada en la reciente STS. 104/2014 de 14 de febrero, que recuerda que "Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción. Aunque a algunas modalidades específicas parece connatural la alevosía-el veneno v.gr.-ni siquiera en esos casos son inimaginables supuestos en que hay alevosía:- violento forcejeo en el que se acaba por reducir a la víctima para hacerle ingerir por la fuerza el veneno-. En concordancia con esta premisa general no puede afirmarse apriorísticamente que un estrangulamiento sea siempre alevoso. De hecho en la

[9] SSTS. 53/2009 de 22-10, 147/2007 de 19-2, 640/2008 de 8-10, 234/2004 de 24-2.
[10] STS 1089/2007 de 19-12.
[11] STS. 1346/2005 de 21.10, 1271/99 de 20-9.

jurisprudencia encontramos casos de asfixia por estrangulamiento catalogados como alevosos frente a otros en que se calificó como homicidio[12].

La alevosía -como elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa- ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; hay que fijarse en el episodio en sus conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si fuese de otra forma sería harto infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa: en definitiva, que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas.

Hay que valorar la alevosía en un juicio *ex ante*: situarnos al inicio de todo el episodio. El último "navajazo", que después de una larga serie de ellos y un ceñido enfrentamiento, se propina cuando la victima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se incida sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviviendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una cesura entre el inicial episodio y un nuevo acontecimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo.

En un estrangulamiento que ha alcanzado su objetivo letal siempre obviamente hay un momento en que la víctima está totalmente indefensa y desvalida. Pero eso no es definitivo. El factor decisorio es como se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque; o traición, abordándola por la espalda; o cuando la víctima se encuentra (se supone inicialmente, es decir sin que haya mediado ningún tipo de ataque o agresión) durmiendo o inconsciente (desvalimiento), habrá asesinato. Cuando el estrangulamiento es el último acto ejecutivo de una agresión que comenzó de frente, con forcejeos y venciéndose la resistencia opuesta por la víctima, se consigue doblegar sus esfuerzos por zafarse y postrarla sujetándole la garganta para asfixiarla, no hay alevosía. Esta ha de predicarse- con las salvedades hechas- de todo el episodio y no en el instante final.

[12] STS 1068/2010, 2-12 y 20-12 de 2006, 1279/2006 o STS 76172007, de 26 -9, 162/2009, de 12 -2.

Para que exista alevosía[13], no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima, así como la facilidad que ello supone, refiriéndose a la indefensión sobrevenida, que se produce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima.

V. LA ALEVOSÍA DOMÉSTICA

Desde 2012, el Tribunal Supremo ya ha dictado siete resoluciones en las que se ha referido, de forma expresa, a esta circunstancia agravante de la responsabilidad criminal; y, durante ese mismo periodo, otras 14 sentencias de diversos órganos judiciales también han empleado este factor de agravación al perpetrarse los hechos en la vivienda de la víctima, donde convivía con su agresor en fines de semana (…) en el espacio de privacidad en el que menos puede esperar alguien un ataque de ese tipo, lo que en ocasiones ha permitido hablar expresivamente, aunque sin afán de precisión dogmática, de "alevosía doméstica".[14]

Desde que la STS de 20 de junio de 2012 del Tribunal Supremo denominara como alevosía doméstica, la situación derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día- se trataba de un ataque que se desarrolla en la entrada de la vivienda que ambos ocupan y cuando vuelven a la casa compartida después de haber estado bebiendo en distintos establecimientos de ocio, el procesado golpea de forma inesperada a la víctima con un objeto contundente en la cabeza, provocando su caída fulminante y dejando paso a una doble secuencia de golpes que la propia Audiencia califica de "brutales"- se ha ido acuñando esta denominación.

Cinco años más tarde, una nueva resolución del Tribunal Supremo[15] retomó el criterio de este subtipo agravado de asesinato cualificado por alevosía al afirmar que: Estamos en presencia, pues, no solamente de un ataque sorpresivo, sino lo que hemos denominado como "alevosía doméstica", que en palabras de la STS 527/2012, de 29 de

[13] STS 750/2016, de 11 -10.
[14] ST 1528/2015, de 18 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

[15] STS 448/2017, de 31-1.

junio [sic], se la ha designado como una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado [16].

Lo determinante de esta circunstancia es la verdadera existencia de un acto de aprovechamiento de la debilidad de la víctima, admitiéndose una modalidad especial, la alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque, que pudiera tener su origen en acciones del acusado.

VI. COMPATIBILIDAD DE LA ALEVOSÍA CON DETERMINADAS SITUACIONES

1.- Alevosía y riña

Con carácter general, la jurisprudencia entiende que la alevosía y la participación en riña se excluyen mutuamente, pues la aceptación de la riña implica el conocimiento de la posibilidad de defensa de quien participa en ella como oponente[17].

Sin embargo, también existen consenso en que la riña puede cambiar, desde una situación mutuamente consentida entre las partes hasta una situación de alevosía sorpresiva. Es posible entonces aplicar la circunstancia agravante de alevosía[18] :

Por ello es compatible la alevosía con una discusión previa, *cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido*[19].

2.- Alevosía y abuso de superioridad

Existe una suerte de relación de especialidad entre la alevosía y el abuso de superioridad, conocida en la jurisprudencia como la alevosía menor. [20]:

"Mientras que la alevosía conlleva la completa eliminación de cualquier posible defensa de la víctima el abuso de superioridad sólo la debilita o reduce, lo que coloca en

[16] SSTS 16/2012, 20-1; 1284/2009, 10-12 y 86/1998, 15-4.
[17] STS de 10-7- 2012.
[18] STS de 19-7- 2011.

[19] SSTS 892/2007 de 29-10, 912/2009 de 23-9.
[20] STS de 11-10- 2010.

situación de ventaja al autor del delito sobre el sujeto pasivo de su acción (STS. 21 de octubre de 2003; 11 de noviembre de 2004; 22 de noviembre de 2004). Se aprecia según la doctrina en ataques con armas que producen clara diferencia entre la capacidad agresiva del autor y la defensiva de la víctima (SS 16 de octubre de 1998, y 13 de octubre), estimándose así en el ataque con cuchillo de 16,50 cms. de hoja (STS. 20 de noviembre de 2003) e incluso de 14 cm de hoja (STS. 28 de abril de 2005)".

3.- Alevosía y abuso de circunstancias de lugar

De modo parecido a lo que sucede con la circunstancia agravante de abuso de superioridad, la agravante de empleo de circunstancias de lugar y tiempo que faciliten la ejecución se encuentra encaminada a debilitar la defensa que pudiera llevar a cabo la víctima.[21]

4.- Alevosía y anomalía o alteración psíquica

Dicha compatibilidad, por lo demás, emana del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26 de mayo 2000, en el que se convino por el Alto Tribunal la "*Compatibilidad del agravante de alevosía con la eximente completa de enajenación mental del art. 20.1del CP: "En los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el art. 101.1 del CP el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como asesinato".*

VII. CONCLUSIONES

Recientemente la STS 39/2017, de 31 de enero, ha señalado que la agravante de alevosía concurre cuando el autor comete el delito contra las personas (elemento normativo) empleando tanto medios como modos o formas caracterizados porque tienden (lo que exige el componente subjetivo de conciencia de esa funcionalidad) directa o especialmente a asegurarla (nota objetiva compartida con otras circunstancias como la de abuso de superioridad) sin el riesgo para la persona del autor, pero de un riesgo que se estime procedería de la acción defensiva de la víctima. Esta última nota -conjurar el riesgo generable por la víctima- es la más específica de la alevosía. Ciertamente tal conjura, entendida como acción de impedir o evitar con previsión una

[21] STS de 4-2-2001.

situación que puede resultar peligrosa (según diccionario RAE), puede procurarse bajo diversas modalidades de comisión.

La alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada.

Se ha designado como una modalidad especial de alevosía convivencial la denominada "alevosía doméstica", basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado con el que le unen esos lazos domésticos.

En consecuencia la "alevosía doméstica", deriva de la relajación de los recursos defensivos de la víctima como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que convive día a día.

* * * * * *

Juan Carlos Velasco Perdigones
Abogado. Máster en Derecho de Seguros (UNED). Máster en Responsabilidad Civil (UGR), España. Socio FICP.

~Las intervenciones telefónicas y el secreto de las comunicaciones. Estado de la cuestión en la jurisprudencia~

I. INTRODUCCIÓN

Hay que destacar el estudio de la materia sobre el secreto de las comunicaciones y las intervenciones telefónicas, con una cita acertada, tanto de la doctrina del Tribunal Constitucional como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Igualmente destacar el estudio y la trascendencia de la reforma de la Ley Enjuiciamiento Criminal en esta materia a partir de la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre que, como expondremos posteriormente, viene a poner un poco de orden legal a esta importante cuestión ya que la regulación anterior resultaba del todo insuficiente y había que estar a la Jurisprudencia que no siempre es unánime en sus interpretaciones.

II. LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

La Constitución Española garantiza en su art. 18.3 el secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Esta medida incide sobre el meritado Derecho fundamental de que son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad, porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento de las comunicaciones, y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas como la identidad de los interlocutores. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre[1] y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984 en el Caso Malone.

Entre los derechos y libertades que se reconocen y protegen en la Constitución Española se encuentra el derecho a la intimidad personal y, como complemento de la misma, se garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y

[1] HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J./MARTÍNEZ MARTÍN, J.I., Secreto de las comunicaciones. Alcance de protección constitucional de su interceptación y casuística, DILEX, 2015.

telefónicas. El principio está también recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Resolución de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, al establecer que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (art. 12), e igualmente, ha sido incluido en Convenios internacionales de los que España es parte, como el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977) y el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979).

Establecido, de forma breve, el marco general del derecho al secreto de las comunicaciones, nos encontrábamos con que la regulación de las mismas no era muy adecuada pues cuando se introdujeron, mediante la LO 4/1988, de 25 de mayo, al dar nueva redacción al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[2], realizando una crítica CASABIANCA ZUELETA, P de la ausencia de regulación de la materia y el uso indebido de la analogía, y que coincidiendo con varios autores[3], el legislador lo hizo de forma poco precisa, de modo que surgieron grandes incógnitas, que han tenido que ser completadas sucesivamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo.

Esta defectuosa regulación[4], la cual ha sido objeto de análisis y crítica por parte de MARCHENA GÓMEZ/GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, también produjo la condena de España por parte del TEDH, al considerarse vulnerado el art. 8.º del Convenio de Roma (Derechos y Libertades Públicas), en su Sentencia de fecha 18 de febrero de 2003 (caso Prado Burgallo contra España), doctrina matizada en el Auto de Inadmisión, de fecha 25 de septiembre de 2006 (caso Abdulkadir Coban contra España), en donde el propio TEDH reconoció que el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estaba

[2] CASABIANCA ZULETA, P. Las intervenciones telefónicas en el sistema penal. Bosh Editorial. 2016.

[3] CASANOVA MARTÍ, R Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa. Universidad Rovira i Virgili. 2014.

[4] MARCHENA GOMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015. Ediciones Jurídicas Castilla de Lucena. 2015, pp. 184-185: *De la lectura del art. 579 de la LECRIM resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las, intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el art. 579 LECRIM no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE).*

siendo completado con los requisitos acuñados por la doctrina constitucional. Así los citados autores en su estudio vinieron a determinar con acierto: *El verdadero problema radicaba en que esa carencia normativa servía, a su vez, de deficiente inspiración para abordar la interceptación de otras formas de lenguaje telemático entre particulares. Nuestro sistema se instalaba así en el sinsentido de que un único precepto, manifiestamente escaso para ofrecer soluciones a la comunicación telefónica, tenía que inspirar criterios jurisprudenciales que ofrecieran respuesta a fenómenos tecnológicos absolutamente inéditos hasta entonces.*

El Tribunal Supremo en la STS 34/2003, de 22 de enero, ya llamaba la atención sobre la necesidad de una regulación más específica y detallada de las escuchas telefónicas que, garantizando los derechos constitucionales, nos proporcionara unas pautas legales a las que debería ajustarse esta diligencia.

Tal regulación no establecía ningún requisito, fuera de la exclusiva intervención judicial, la indicación de que la resolución judicial tiene que ser motivada y la consignación de un plazo.

No mencionaba el requisito de la proporcionalidad, el de especialidad, necesidad y subsidiariedad, ni si esta medida investigadora afecta a todos los delitos, o tienen que tener estos alguna cualificación, ni por supuesto el protocolo de aportación al proceso penal. Todo ello provocó que nuestros Tribunales (utilizaremos la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2004) tuvieran que crear cuales debían ser los requisitos de esta medida de investigación. La situación que hemos descrito hacía necesaria e inmediata la reforma de esta materia de ahí que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre[5] afirmará que nos encontramos ante *"...cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal"*.

La nueva Ley establece una parte general y una serie de sucesivos capítulos. Estos capítulos se refieren a la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; la utilización de dispositivos técnicos de

[5] Importante analizar junto con esta norma las instrucciones dadas por la Fiscalía y que se analiza en el trabajo de CAVERO FORRADELLAS, G La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2016, pp. 17-18. www.fiscal.es

seguimiento, localización y captación de la imagen; el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, y los registros remotos sobre equipos informáticos.

La práctica de nuestros Tribunales nos muestra que las resoluciones que dictan los Jueces de instrucción se limitan a autorizar la interceptación de las conversaciones telefónicas del imputado, estableciendo un plazo de duración de la medida, los términos de control de la actividad de los agentes y unas garantías formales encaminadas a asegurar la autenticidad de los soportes de grabación.

En general, omiten toda mención al régimen jurídico de la cesión del resto de los datos electrónicos que, en no pocos casos, interesan tanto a la investigación como el contenido mismo de la conversación interceptada.

La motivación mediante la que el Juez pondera los derechos convergentes y justifica el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones, no se extiende, por regla general, a esos otros datos que albergan información personal y que se están generando en el momento mismo de la conversación entre los imputados, que se refieren a derechos fundamentales diferentes y sin embargo, la policía cuenta con ella.

Especialmente llamativo resulta que, en la mayor parte de los casos, la solicitud policial de interceptación telefónica se limite a agregar una equivoca referencia a la cesión de los "datos asociados".

Se hace así posible la obtención de todo un torrente de información añadida sobre cuya necesidad de sacrificio nada ha dicho el Juez instructor. Y lo que es más grave, por esa genérica vía de reclamación de datos asociados, se accede a los mensajes de correo electrónico, sms, mms o, cuando resulta técnicamente posible, a los que se generan mediante otras extendidísimas formas de mensajería instantánea.

Esta práctica rutinaria provoca un sacrificio de derechos fundamentales y que bajo la ambigua alusión a la cesión de "datos electrónicos" se obtengan, por ejemplo, mensajes de correo electrónico o sms cuya significación constitucional, ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, resulta incuestionable.

De ahí la importancia jurídica de un enunciado en el que se aluda a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y, sobre todo, de un precepto que recupere la sustantividad del concepto constitucional de comunicación,

exigiendo una resolución judicial que actúe como presupuesto habilitante del acto de injerencia.

El ámbito de la interceptación, por tanto, ya no gravita sobre una intervención telefónica que sirve como apoyo para extender, sin el debido control, otras formas de comunicación cuya interferencia, a partir de ahora, sólo deberá entenderse legítima cuando supere el filtro de los principios proclamados en el art. 588 bis a), a los que VELASCO NÚÑEZ[6] ha venido a denominar principios rectores, entre los que se encuentran: *Autorización Judicial, Principio de legalidad, Principio de especialidad, Principio de idoneidad, Principios de excepcionalidad y necesidad, Principio de proporcionalidad*.

Esta sustantividad queda reflejada en la Exposición de Motivos, en la que puede leerse *"...frente a esta concepción, el nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual"*.

También, en el art. 588 ter e), que al regular el deber de colaboración de los ciudadanos y operadores en la ejecución de una medida judicial de interceptación, vuelve a referirse a *"...comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual"*.

Es por ello por lo que es interesante analizar los requisitos establecidos en la Ley, Doctrina y Jurisprudencia de este tipo de intervenciones que limitan los derechos reconocidos en el art. 18 CE, estando reguladas en los arts. 588 ter a y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como reforma legal que vino a poner fin a un momento anterior, así como las disposiciones comunes reguladas en los arts. 588 bis a y siguientes de la citada ley. De los citados preceptos es importante destacar, los requisitos y presupuestos esenciales para poder acordar la medida de intervención telefónica a raíz de la nueva reforma mediante la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre. Tal medida sólo puede ser acordada cuando la investigación[7] tenga por objeto alguno de los delitos comprendidos en el art. 579. 1 LECrim o delitos cometidos a través de los medios informáticos o cualquier medio tecnológico o comunicación. Dentro del art-

[6] VELASCO NÚÑEZ, E. Investigación Tecnológica de delitos: Disposiciones Comunes e Interceptaciones telefónicas y telemáticas. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 2016, pp. 3-5.

[7] RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. Las nuevas medidas de investigación tecnológica de la Ley Orgánica 13/2015. SEPIN, 2016.

579.1 LECrim se encuentran los delitos dolosos castigados con pena límite máximo, al menos, tres años de prisión, así como los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal o los delitos de terrorismo.

Los terminales o medios de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos que habitual u ocasionalmente sean utilizados por el investigado. Así mismo se podrán intervenir las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación pertenecientes a terceras personas, siempre que se acredite que el sujeto investigado se sirve de dicha tercera persona para transmitir o recibir información, así como una colaboración con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de la misma.

La solicitud de intervención de las comunicaciones deberá de contener los requisitos establecidos en el art. 588 bis b, esto es: *La **descripción del hecho objeto de investigación** y **la identidad del investigado** o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos. La **exposición detallada de las razones** que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los **indicios de criminalidad** que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia. Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida. La **extensión de la medida** con especificación de su contenido. La **unidad investigadora** de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención. La **forma de ejecución** de la medida. La **duración** de la medida que se solicita. El **sujeto obligado** que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.*

A parte de los requisitos anteriormente reseñados, el art. 588 ter d LECrim completa la lista de requisitos de la solicitud de autorización judicial, disponiendo: ***a)** la **identificación del número de abonado**, del **termina**l o de la etiqueta técnica, **b)** la **identificación de la conexión** objeto de la intervención o **c)** los datos necesarios para identificar el **medio de telecomunicación** de que se trate. **2.** Para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos: **a)** El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta. **b)** El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza. **c)** La localización geográfica del origen o destino de la comunicación. **d)** El*

conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos.

La norma promulga un deber de colaboración de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, así como de toda persona que contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono, obligándose a prestar asistencia y colaboración precisa.

La duración de la medida está contenida en el art. 588 ter g LECrim, el cual viene a establecer una duración máxima de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses. Para la fundamentación de la solicitud de la prórroga, la Policía Judicial aportará, en su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida. Antes de dictar la resolución, el juez podrá solicitar aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas.

Las intervenciones telefónicas, al igual que las telemáticas, la de captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la de utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, tienen unos principios rectores regulados en el art. 588 bis a LECrim, estando sujeta la autorización judicial a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto, no pudiéndose autorizar medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su

autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

La doctrina jurisprudencial[8] ha establecido que cuando se trata de intervenciones telefónicas, la resolución judicial debe contener la expresión de las razones fácticas y jurídicas que apoyan la adopción de la medida, es decir, básica y principalmente, los indicios que existan acerca de la comisión de un delito grave y los que vinculen con dicho delito a la persona que se pretende investigar, así como los razonamientos en orden a la gravedad del delito investigado y a la necesidad de la intervención. Debe contener la decisión judicial, el juicio de ponderación que exprese el razonamiento del juez acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida en función del fin que se pretende obtener con ella. Pues como se afirma en la **STC 14/2001, de 29 de enero** *"también incide en la legitimidad de la medida la falta de expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención -datos objetivos que hagan pensar en la posible existencia de delito grave, conexión de las personas con los hechos- como de la necesidad y adecuación de la medida -razones y finalidad perseguida- (STC 54/1996)".* Y en el mismo sentido se pronuncia la **STC núm. 202/2001, de 15 de octubre** . Pues es de esta forma como se hace posible la comprobación posterior acerca de si la decisión judicial ponderó razonadamente tales indicios, comprobación que tiene relevancia no solamente desde la perspectiva del Tribunal que conozca del asunto en primera instancia o en vía de recurso, sino también desde la del titular del derecho afectado, de forma que pueda conocer en su momento las razones que justificaron la restricción de uno de sus derechos más importantes.

No es preciso, sin embargo una determinada extensión en el razonamiento, ni una concreta forma de razonar, bastando con que sea posible, desde una perspectiva objetiva, entender las razones que justifican en el caso concreto la restricción del derecho fundamental que acuerda la autoridad judicial. La jurisprudencia[9] ha aceptado

[8] STS 674/2015, de 10 de noviembre.

[9] Como se dice en la STS núm. 1850/2000, de 29 de diciembre, citando las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 166/1999, de 27 de septiembre y núm. 8/2000, de 17 de enero, *"aunque el Auto autorizando la entrada y registro adopte la forma del impreso la resolución puede estar motivada si, integrada con la solicitud a la que se remite, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias de ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre , 49/1999 , 139/1999 , 166/1999 , 171/1999). De manera que el Auto que autoriza el registro, integrado con la solicitud policial, puede configurar una resolución ponderada e individualizada al caso. No cabe sostener que la exteriorización de los elementos necesarios, a los efectos del juicio de proporcionalidad de la medida,*

la llamada **motivación por remisión**, integrando el auto judicial con el contenido de la solicitud policial que la precede y explica, de manera que cuando en esta última se contengan los datos necesarios para justificar el acuerdo del órgano judicial, basta que éste se remita a su contenido. Los indicios de la comisión de un delito y de la participación en el mismo de la persona cuya investigación se pretende continuar a través de la intervención telefónica, aparecen como el soporte fáctico imprescindible de la decisión judicial. Debe desprenderse de ésta la existencia de indicios suficientes, entendidos, no como meras sospechas o conjeturas, sino como datos objetivos que, *"sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada"* (STS de 18 de junio de 1992), permitan contar con una noticia racional, siquiera sea provisional y precisada de confirmación, del hecho que se pretende investigar, así como con la posibilidad seria de descubrir a los autores, o de comprobar algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 579 de la LECrim), a través de la medida que se autoriza. En algunos casos será suficiente a estos efectos con los datos suministrados por quien solicita la intervención de las comunicaciones y, en otros, la autoridad judicial deberá proceder a su comprobación o ampliación.

En el auto judicial, y si se remite a la solicitud policial, en ésta, ha de constar, como recuerda la **STC 14/2001, de 29 de enero**, *"el hecho punible investigado y su gravedad así como las personas afectadas, que son las razones que justifican la medida (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre , y 139/1999, de 22 de julio)"*. No basta con la constancia en la solicitud policial de meras hipótesis subjetivas acerca de una "posible" comisión de un hecho delictivo y de una "posible" participación de la persona cuyas comunicaciones se pretende intervenir, sino que tales hipótesis han de venir avaladas por algún dato objetivo, producto de una previa investigación, que permita aceptarlas provisionalmente de forma que justifiquen la restricción del derecho fundamental. Datos objetivos que, según la **STC 14/2001, de 29 de enero**, han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las

debe aparecer siempre en la resolución judicial aisladamente considerada".

comunicaciones, tal y como la Constitución lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido (**STC 49/1999**). Esas sospechas han de fundarse en «datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave», o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse[10].

Es evidente, por otro lado, que la solicitud de intervención telefónica tiene lugar, en la mayoría de los casos, en los primeros momentos de la investigación criminal, cuando aún no se dispone de pruebas de cargo contra los implicados en la acción delictiva a cuya investigación está orientada, la cual tiene que proseguir sin que el investigado lo conozca, por lo que la exigencia de suficiencia en los indicios en los que ha de apoyarse su adopción no puede adquirir tal nivel que la haga inviable o inútil. Se trata, precisamente, de avanzar en la investigación o de obtener medios de prueba de los que se carece. Es cierto que tales consideraciones no pueden conducir a aceptar que se acuda a la intervención telefónica como primera medida de investigación propiamente dicha o que sean bastantes las meras sospechas personales carentes de apoyos objetivos, pero ha de tenerse en cuenta que la acreditada utilidad de esta medida para la investigación criminal, y también en ocasiones la importancia de sus resultados como medio de prueba, especialmente en la lucha contra la criminalidad organizada que, a través de la comisión de delitos graves, atenta seriamente contra las bases de la sociedad democrática moderna, aconseja cohonestar en cada caso la necesidad de la investigación y la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano, cuya lesión solo podrá venir justificada suficientemente en datos objetivos aportados como resultado de una previa investigación policial. Datos objetivos que pueden ser de intensidad y número variables, sin que en este aspecto puedan establecerse a priori criterios rígidos, pero que han de ser suficientes en todo caso, sin que sea necesario que acrediten por sí mismos la responsabilidad criminal, para avalar una sospecha razonable según el criterio del Juez de instrucción.

En este sentido la jurisprudencia constitucional[11] ha venido señalando como

[10] Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 -caso Klass- y de 15 de junio de 1992 -caso Lüdi) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim., en «*indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3)". En definitiva, sospechas fundadas en datos concretos.*

[11] SSTC 5/2010 y 72/2010: *"Las exigencias de la motivación que ha de cumplir la resolución judicial para considerarla constitucionalmente legítima: además de precisar el número o números del teléfono que ha de interesarse, la duración de la intervención , quien ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse*

contenidos básicos de la motivación de la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica los referidos a la expresión del delito que se investiga, del momento de su adopción y la persona titular del teléfono objeto de la injerencia y la expresión de indicios objetivos de la existencia del delito y de la intervención de la persona sobre cuyo derechos se actúa.

De la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo hemos de destacar las siguientes referencias jurisprudenciales:

STS 60/2012 de 8 de Febrero: *"....El principio de especialidad, en principio, justifica la intervención solo al delito investigado, pero especial mención* -- decíamos en la STS 497/2010, de 22-5 -- *merecen ya en la fase de ejecución de la medida interventora de las comunicaciones telefónicas, los llamados en la* ***doctrina "descubrimientos ocasionales", o "casuales",*** *relativos a hechos nuevos (no buscados, por ser desconocidos en la investigación instructora en la que irrumpen) bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y que pueden afectar al imputado y/o terceras personas no imputadas en el procedimiento, titulares o no del teléfono intervenido.*

La solución jurídica relativa a estos descubrimientos ocasionales no es uniforme en la doctrina y así en la jurisprudencia[12], se distingue:

1º) Si los hechos descubiertos tienen conexión - artículo 17 LECriminal -, *con los que son objeto de procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente, de prueba. 2º) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "notitia criminis" y se deducirá testimonio para que se inicie el proceso correspondiente. Por tanto, rige el principio de especialidad que justifica la intervención sólo al delito investigado, pero los hallazgos delictivos ocasionales son "notitia criminis", sin perjuicio de que en el mismo o en otro*

---

cuenta al órgano judicial, han de explicitarse en ella los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que puede considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados".

[12] STS 25/2008-STS 940/2011 de 27 de Septiembre : *"....Por tanto rige el principio de especialidad que justifica la intervención solo al delito investigado, pero los hallazgos delictivos ocasionales son notitia criminis, sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida a seguir investigando el nuevo delito....".*

procedimiento se amplíe o no la medida de seguir investigando el nuevo delito....".

La doctrina jurisprudencial[13] parte del principio de que el secreto de las comunicaciones telefónicas constituye un derecho fundamental que está garantizado en el art. 18, párrafo tercero de la Constitución de 1978. La declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 12º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17º, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 8º y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art 7º, que constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su art. 10 2º, garantizan de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el *fundamento del orden político y de la paz social*[14], por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales. Por ello la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse[15]. El derecho al secreto es independiente del contenido de la comunicación, debiendo respetarse aunque lo comunicado no se integre en el ámbito de la privacidad[16]. Pero, sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación (art. 8º del Convenio Europeo). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial. El propio art 18.3

[13] Como recuerdan otras sentencias de esta Sala números 248/2012, de 12 de abril , 446/2012, de 5 de junio , 492/2012, de 14 de junio , 635/2012, de 17 de julio y 644/2012, de 18 de julio , entre otras muchas.

[14] STC núm. 281/2006, de 9 de octubre y STS núm. 766/2008, de 27 de noviembre.

[15] Recogido en las SSTS núm. 367/2001, de 22 de marzo y núm. 1377/1999, de 8 de febrero.

[16] SSTC núm. 70/2002, de 3 de Abril y núm. 114/1984, de 29 de noviembre.

CE prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial[17].

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De esta manera en la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no se puede, en ningún caso ni con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar a dichos derechos constitucionales, sin la intervención imparcial del Juez, que en el ejercicio de esta función constitucional, que tiene atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales[18].

No puede olvidarse que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar porque en muchos ordenamientos de nuestro entorno no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa, y en segundo lugar porque en aquellos en que se exige la autorización judicial, generalmente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al Juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia[19].

En relación con el requisito de la motivación es doctrina reiterada que constituye una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención[20], pero también que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada[21], por lo que únicamente pueden

[17] STS núm. 246/1995, de 20 de febrero, entre otras muchas.
[18] STS núm. 248/2012, de 12 de abril.
[19] STS núm. 635/2012, 17 de julio.
[20] STC 253/2006, de 11 de septiembre.
[21] Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 1240/98, de 27 de noviembre , núm. 1018/1999, de 30 de septiembre , núm. 1060/2003, de 21 de julio , núm. 248/2012, de 12 de abril y núm. 492/2012, de 14 de junio , entre otras.

conocerse unos iniciales elementos indiciarios.

Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Segunda del Tribunal Supremo[22] han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado y emitido[23]. La motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente[24]. Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención[25], contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (doctrina jurisprudencial ya citada, por todas **STC 72/2010, de 18 de octubre**). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes.

En la motivación de los autos de intervención de comunicaciones deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es admisible en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos[26]

Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser

[22] SSTC 123/1997, de 1 de julio , 165/2005, de 20 de junio , 261/2005, de 24 de octubre , 26/2006, de 30 de enero , 146/2006, de 8 de mayo y 72/2010, de 18 de octubre , entre otras, y SSTS de 6 de mayo de 1997 , 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000 , 11 de mayo de 2001 , 3 de febrero y 16 de diciembre de 2004 , 13 y 20 de junio de 2006 , 9 de abril de 2007 , 248/2012, de 12 de abril y 492/2012 , de 14 de junio.

[23] STS 248/2012, de 12 de abril.

[24] STS núm. 636/2012, de 13 de julio.

[25] STS núm. 248/2012, de 12 de abril.

[26] Sentencias 1363/2011, de 15 de diciembre y núm. 635/2012, de 17 de julio.

entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida[27] .

El Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma. También ha destacado el Tribunal que *"la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa".*

Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

De la doctrina constitucional puede deducirse que la resolución judicial debe contener, bien en su propio texto o en la solicitud policial a la que se remita una serie de criterios de interés[28] que ha venido estableciendo la jurisprudencia.

Tomando en consideración estos criterios jurisprudenciales, ha de concluirse que

[27] STS núm. 635/2012, de 17 de julio.

[28] STS núm. 635/2012, de 17 de julio: *A) Con carácter genérico los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad. B) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave, que deben ser accesibles a terceros. C) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona. D) Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva. E) La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que la propia policía solicitante ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cual ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado. F) El número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (STS núm. 635/2012, de 17 de julio).*

el principio esencial del que parte la doctrina constitucional es que la resolución judicial debe explicitar los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pero obviamente la atribución constitucional de esta competencia a un órgano jurisdiccional implica un ámbito de valoración que no es meramente burocrático o mecanicista, sino de adaptación en cada caso del referido principio a las circunstancias concurrentes por parte del Juez a quien constitucionalmente se asigna la competencia.

En consecuencia, respetándose por el Instructor los referidos principios básicos, no corresponde a esta Sala, ni a ningún otro órgano constitucional, determinar los indicios concretos que pueden o no servir de fundamento para acordar la intervención, ni pronunciarse sobre la respectiva valoración de cada uno de ellos, ni, como ya se ha expresado, sustituir los criterios valorativos del Instructor por otros diferentes, a partir de la distancia y de una experiencia diferenciada.

Por otra parte, el hecho de que el Tribunal Constitucional indique, como es lógico y natural, que no es suficiente que el propio servicio policial que interesa la intervención fundamente su solicitud en la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado, porque es necesario que la policía actuante indique una fuente de conocimiento cuya fiabilidad el Instructor pueda valorar racionalmente, no implica que ello exija en cualquier caso la presentación detallada al Instructor de la indagación en su integridad, identificando la absoluta totalidad de las diligencias practicadas y relacionando minuciosamente las fuentes utilizadas a lo largo de toda la investigación, pues dicha exigencia ni ha sido establecida en estos términos por el Tribunal Constitucional, ni es necesaria cuando el Instructor dispone de datos objetivos suficientes, ni es posible en todos los casos, por ejemplo en operaciones internacionales en las que han intervenido fuerzas policiales de otros países que en su mecánica operacional habitual no acostumbran ni pueden ser obligadas a informar minuciosamente sobre sus fuentes ni a relatar detalladamente su mecánica operacional.

En definitiva, lo esencial y lo que excluye la vulneración constitucional, es que la intervención sea acordada judicialmente en una resolución que explicite los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior.

III. CONCLUSIONES

Con la promulgación de la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, se viene a poner límites y acotar las interpretaciones jurisprudenciales sobre las intervenciones telefónicas, dada la escasez normativa, falta de rigor y precisión existente en el ordenamiento jurídico español antes de la entrada en vigor de la citada Ley. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han venido completando el vacío normativo que generaba la materia, dictando una serie de requisitos que para nada venían en la LECrim, dándose una defectuosa regulación y "dictando leyes" los propios tribunales dado el vacío normativo.

Tuvo que ser condenada España por el TEDH en el año 2003 para que definitivamente el legislador se pudiera manos a la obra con la cuestión e impulsar definitivamente una reforma de la LECrim, la cual ha venido a ser escasa, ya que deja muchas cuestiones jurídicas en el tintero. Dicha reforma llegó 12 años después de la condena a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La jurisprudencia, por tanto ha ido evolucionando a lo largo de interpretaciones de la LECrim de una cuestión escasamente regulada como son las intervenciones telefónicas. A mi juicio, en la jurisprudencia hay que diferenciar dos fases: una primera fase que es hasta la entrada en vigor de la reforma mediante LO 13/2015 y otra fase a partir de dicha Ley.

IV. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

MARCHENA GÓMEZ, M./GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015. Ediciones Jurídicas Castilla de Lucena. 2015

CAVERO FORRADELLAS, G. La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2016. www.fiscal.es

CASABIANCA ZULETA, P. Las intervenciones telefónicas en el sistema penal. Bosh Editorial. 2016.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. Las intervenciones telefónicas en España. www.cienciaspenales.net

CASANOVA MARTÍ, R. Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa. Universidad Rovira i Virgili. 2014.

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, P. Interceptación de las comunicaciones (II). Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 2015.

HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J./MARTÍNEZ MARTÍN, J.I. Secreto de las comunicaciones. Alcance de protección constitucional de su interceptación y casuística. DILEX, 2015.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. Las nuevas medidas de investigación tecnológica de la Ley Orgánica 13/2015. SEPIN, 2016.

VELASCO NÚÑEZ, E. Investigación Tecnológica de delitos: Disposiciones Comunes e Interceptaciones telefónicas y telemáticas. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 2016.

* * * * * *

Prof. M.ª Ángeles Vilchez Gil
Abogada, Granada. Profesora del Master de Práctica Jurídica, Ilustre Colegio de Abogados de Granada. Socia FICP.

~La reforma del delito de cohecho en la LO 1/2015~

El problema de la corrupción en la administración pública es obviamente algo malo, sin embargo como todo en la vida puede tener un lado positivo y es que al salir a la luz pública un caso de corrupción, esto nos da la oportunidad de hacer las correcciones para evitar que estos hechos se repitan.

La regulación penal de los "Delitos contra la Administración Pública" está contenida en título XIX del libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, concretamente en los artículos 404 a 445 de dicho texto legal que ha sido modificado en distintas ocasiones en los últimos años (LO 15/2003, de 25 de noviembre; LO 5/2010, de 22 de junio...), aunque, sin duda, una de las reformas más importantes y profundas es la que se ha producido con la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Hay que partir de la base, en todo caso, que no todos los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos se contienen en el mencionado título XIX, sino que en el Código Penal se contemplan otros preceptos, en otros títulos, cuyos sujetos activos pueden ser también los funcionarios públicos (por ejemplo, los artículos 174,175,198,204 del Código Penal...). La regla general de los tipos penales que se contienen en los delitos contra la Administración Pública es que los sujetos activos de estos delitos son las autoridades o funcionarios públicos lo que implica, con carácter previo, la necesidad de tener que acudir a la definición que en el ámbito penal se contiene en el artículo 24 del Código Penal ya que, respecto de los funcionarios públicos, implica un concepto propio, diferente y más amplio que el utilizado en el ámbito del derecho administrativo en los artículos 8 y 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. El concepto de funcionario público que se ha configurado en el ámbito del derecho penal por la jurisprudencia no exige la incorporación ni permanencia, sino la participación en el ejercicio de funciones públicas, por lo que el concepto de empleado público se incluyen dentro del concepto de funcionario público, a efectos penales, al personal contratado en régimen laboral cuando participe de forma efectiva en el ejercicio de funciones públicas, y los denominados

funcionarios de hecho, esto es, los nombrados por autoridad competente pero sin reunir aquellos los requisitos que exige el cargo.

Aunque el cohecho constituye una figura clásica dentro de los delitos contra la Administración Pública y pudiera pensarse que su construcción está muy asentada en la doctrina y en la jurisprudencia, no le falta razón algunos autores cuando indican que salvo la idea de corrupción, que es común a todas las previsiones típicas, no es fácil encontrar otro rasgo que pueda servir para singularizar estos tipos.

La reforma de 2010 ha supuesto una reordenación de estas figuras en la que se ha buscado, por un lado, ajustarlas a una sistemática más clarificadora, y por otro, ampliar el círculo de sujetos activos incluyendo los administradores o interventores judiciales. También se define lo que sean funcionarios de la Unión Europea o de Estados miembros de la misma (art. 427).

Tal como declara el preámbulo de la LO 5/2010, la modificación pretende «adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas»

De forma sistemática, las principales novedades que introduce la reforma en el Código penal son las siguientes:

-Ampliación de los sujetos activos, dentro de los particulares asimilados a funcionarios públicos, y nuevo concepto de funcionario público extranjero

La reforma ha ampliado el concepto de personas asimiladas a los funcionarios públicos a los efectos de la punición de estas conductas, incluyendo a determinados particulares que realizan actividades vinculadas al ejercicio de funciones públicas, y así: En el delito de cohecho (artículo 423 del Código Penal) a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, se han añadido las figuras de los mediadores, los administradores concursales, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

-Incremento y ampliación del catálogo de penas previstas para los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la administración pública.

Es evidente que para llevar a cabo una óptima interpretación de las normas penales, ya sean las contenidas en el Código Penal como en las llamadas leyes penales especiales, los órganos judiciales enclavados en la jurisdicción penal, desde el propio Tribunal Supremos hasta los Juzgados de instrucción en el enjuiciamiento de las faltas que se prevén en el Libro III de nuestro principal texto punitivo, han de servirse de principios o teorías que determinen el verdadero alcance de la norma a aplicar.

Así, la hermenéutica utilizada para lograr el equilibrio entre el hecho de la vida real y su encaje en la ley penal puede desarrollarse mediante los medios tradiciones de interpretación, como el gramatical, teleológico o sistemático, los que pueden ser tenidos en cuenta exclusivamente para hallar la tipicidad de la conducta, o también para logar el alcance sobre la aplicabilidad de una circunstancia de atenuación o agravación, los grados de participación o ejecución del delito, la determinación o individualización de la pena o la forma de ejecutarla, entre otras funcionalidades, dentro del amplio círculo de posibilidades que nos enseña la práctica diaria que caben cuando de la apreciación de una norma penal se trata, pero unido a lo anterior necesariamente debemos de tener en cuenta las teorías o principios penales que son tenidos en cuenta por los Tribunales para, junto con los medios de interpretación, dar con el verdadero sentido de la norma y su conexión con el supuesto de hecho a juzgar o analizar en alguna de las partes que lo componen.

Respecto al bien jurídico que protege la norma la doctrina discrepa a la hora de concretar el bien jurídico protegido. Así, encontramos las posiciones de aquellos autores (MUÑOZ CONDE)[1] que consideran que procede distinguir según que el cohecho sea activo o pasivo, de modo que particular y funcionario no lesionarían los mismos intereses; el particular dañaría la regularidad con que deben funcionar los servicios públicos, en tanto que el funcionario lesionaría el deber o la confianza en el desempeño imparcial y adecuado de esos servicios. Otros, reflexionan que cualquiera que sea el origen del ataque, el bien afectado es el mismo: el buen funcionamiento de la Administración; en esta dirección, parte de la doctrina aporta que, en último término, lo que ha de considerarse es que los servicios públicos funcionen con un adecuado nivel de objetividad e imparcialidad.

[1] MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. La reforma del delito de cohecho. Corrupción transnacional. Conferencia impartida en el marco de los 37.º Cursos de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca el 11 de junio de 2015.

No obstante, es el Tribunal Supremo quien viene a marcar lo que se protege con la punición de estas actuaciones bidireccionales o bilaterales, que sin embargo en su ejecución vienen a ser actuaciones autónomas e independientes unas ejecutadas o realizadas por el particular y otras por la autoridad y funcionario público, ya que ambos responden a intereses distintos, autónomos e independientes: entiende que lo protegido es «el prestigio y eficacia de la Administración Pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos» (SSTS de 27-10-2006, 7-2-2007 y 17-5-2010).

¿Cuál es el elemento que ha de estar presente siempre en este tipo de conductas? La dádiva o favor o retribución de cualquier clase, material o bien inmaterial, económica, o tratos de favor sexual, honorifico, de cualquier tipo que puede ir destinado al propio funcionario o a un tercero.

La problemática se plantea cuando no se da esta dadiva o al menos no tiene una tangibilidad conocida, expresada, quedando oculta y sin averiguación.

Las clases de cohecho: es común establecer la clasificación de los tipos atendiendo al sujeto activo de los mismos, distinguiéndose un cohecho pasivo , que se produce cuando es el funcionario el que solicita o recibe la dádiva, y un cohecho activo , que se cometería en el caso del particular que ofreciese o aceptase la dación de la dádiva.

Dentro del cohecho pasivo es posible hablar de uno propio y de otro impropio. En el primero, el ofrecimiento o la dádiva se emplean para la consecución de un acto contrario a los deberes del cargo, es decir, se trata de los tipos de los artículos 419, y por extensión de los arts. 423 y 427; el segundo engloba las situaciones en que el funcionario recibe el presente en consideración a su cargo o para la realización de un acto p Debe existir una conexión clara entre el ofrecimiento y la realización del acto.

Cohecho pasivo propio (419/420/421 cp). La conducta típica gira en torno a los verbos «solicitar» y «recibir». Tanto la solicitud como el recibo han de tener por objeto la dádiva o el favor o retribución de cualquier especie, en sentido general, pues la solicitud puede ir referida también a un ofrecimiento o a la promesa de una recompensa futura.

La conexión debe ser tan clara que el TS en el Auto de 13-12-10 ha señalado lo siguiente: «nuestra jurisprudencia ha exigido una conexión causal entre la entrega de la

dádiva o regalo y la función pública de la autoridad o funcionario, de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto. Ello supone que si existe otra explicación coherente y verosímil que justifique la entrega de la dádiva entonces no existirá tal delito».

Es indiferente que la dádiva se entregue antes o después, pero que no sea como recompensa.

Desde el ángulo subjetivo, el tipo incorpora un elemento subjetivo del injusto, cual es el de actuar en provecho del propio funcionario o de un tercero. Nos hallamos, por consiguiente, ante conductas de dolo directo.

En cuanto a la consumación, y a pesar de que hay algún supuesto en el que se reconoce la posible existencia de formas imperfectas, de modo mayoritario es considerado delito de simple actividad consumado con la mera solicitud de la dádiva.

Sin perjuicio de la trascendencia de la herramienta punitiva, ya sea en su vertiente preventiva o represiva, en la lucha contra la corrupción que presenta la forma introducida en los delitos contra la Administración Pública por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el Código Penal, no cabe duda que resulta necesario la aplicación de otras medidas transversales que permitan alcanzar el objetivo de eliminar cualquier atisbo de corrupción en la Administración Pública Española desterrando prácticas o situaciones que pueden ser el germen para su desarrollo.

Y ello debido a la imposibilidad de poder establecer controles de forma individualizada para seres individualizados, (ciudadanos y autoridades o funcionarios públicos), y tener a todo el conjunto de la Administración y de la ciudadanía como "*ojos visor de control "para evitación de la corrupción*". Ya que las ansias de poder, de obtener, de ganar, de obtener beneficios…, forman parte consustancial del elemento humano, y ello es muy difícil de erradicar.

Los sistemas empíricos, son útiles en estos casos, y si vamos más allá, podemos encontrarnos con que la técnica de la criminología, sirven de base y sustento para la determinación de determinas conductas que pueden ir siendo reconducidas para el alcance de una mejor y mayor socialización conductual.

Si examinamos los barómetros publicados realizados por Centros de investigación Sociológicas, podemos ver que la corrupción en España existe y que es un problema, convirtiéndose en el tema que más preocupa a la población española. La consecuencia

inmediata es el desconcierto y la desconfianza que los españoles tienen hacia las instituciones del estado español. Por tanto, la corrupción ha de ser erradicada, si bien dada su dificultad, se deberán de adoptar las medidas legislativas adecuadas para que se proceda a su reducción de forma considerable.

Tal y como define VILLORIA MENDIETA[2], la corrupción como toda acción tomada por un empleado público en el ejercicio de su cargo que se desviara de las obligaciones jurídicamente establecidas por el mismo por razones de interés privado.

Los políticos, el Gobierno, han de tomar consciencia de la situación, y del problema real y grave que se causa con ello, sobre todo por la desconfianza que se genera en la ciudadanía. Por lo tanto tener una agenda política donde se incluya este problema como principal y fundamental.

La cuestión estaría en cómo hacer que la desconfianza que se ha generado en la ciudadanía pueda ser restablecida. Ardua tarea tiene el Gobierno y por ende el Legislador. Las políticas deben de ir dirigidas al ciudadano, lo primero considero que es la información al mismo, de los temas, casos planteados, personas involucradas, sentencias dictadas,…, es decir la población ha de conocer que es lo que ha pasado, hay que dárselo a conocer a través de medios fiables, no todo el mundo conoce el BOE, ni lo lee, tampoco las bases de datos para acceder a jurisprudencia… La ciudadanía no es solo un lector jurídico, sino que hay que proceder a establecer un lenguaje de igual a igual, de tal forma que se entere de lo que sucede y del porqué, sin que la información sea sesgada y falseada. De esta forma, la ciudadanía entenderá más fácilmente que es lo que pasa, y el porqué de la corrupción.

Mi reflexión es clara:

La tutela que ofrecen los tipos penales en el delito de cohecho, no me merecen descalificación, sobre todo por las últimas reformas, lo que sí, es el hecho de que no se hayan adoptado desde el germen, desde la raíz, formas eficaces para el ejercicio de dicha tutela.

[2] VILLORIA MENDIETA, MANUEL (URJC). VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno. El liderazgo público en las democracias. Corrupción y liderazgo público.

Es decir, los tipos penales están determinados, y son determinantes, se pretende con ello que los funcionarios o autoridades así como los particulares no cometan dichos hechos, establecido penas mayores.

Medidas disuasorias serian el establecimiento de mecanismos de control especifico al respecto, mayor consideración y respecto a la Administración, establecer un sistema que efectivamente sea social, democrático en derecho al respecto del control de la autoridad y funcionario público, y respeto a la ciudadanía. ¿Qué ocurre? ¿Cuál es el problema? Que no hemos sido educados para ello, y este es el gran problema que tiene actualmente la ciudadanía. Palabras como honor, honestidad, fidelidad, respeto, moral…., han sido olvidadas, están en el sueño del olvido y por lo tanto hasta que no despierten no podrán ser restaurados.

* * * * * *

Prof. Dra. Sonia Victoria Villa Sieiro

Profesora asociada de la Universidad de Oviedo. Abogada del ICAM. Socia FICP.

~Líneas básicas del sistema de justicia penal de menores~

Resumen.- A pesar de que, tradicionalmente, por lo que respecta a la responsabilidad criminal de los menores, nuestro país siguió un modelo tutelar, tal modelo quebró a raíz de la STC 36/1991, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional un artículo de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y generó, con ello, una suerte de laguna que, finalmente, después de varios intentos, el legislador colmó con la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, con la que, y siguiendo lo preceptuado en instrumentos supranacionales, el sistema pasa a ser uno de justicia reparadora presidido por el principio del interés superior del menor. Nos encontramos ante un sistema que, obviamente, dista considerablemente del sistema de adultos, pero con el que también comparte algunos elementos.

Sumario.- I. Introducción. II. Evolución histórica. 1. Modelo de discernimiento y modelo tutelar. 2. Hacia un modelo de justicia reparadora. III. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores. 1. Estructura, reglamento y ulteriores reformas, 2. Principios inspiradores. IV. Medidas previstas en la LORPM. 1. Tipos, 2. Duración V. Cómputo de la edad. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En estas páginas se pretende realizar una breve alusión a las líneas básicas del sistema penal de menores. En este sentido, interesa, en primer término, subrayar que la terminología empleada al efecto no es la misma para todos los autores. No es infrecuente la alusión a un sistema penal "juvenil", por ejemplo. No obstante, entendemos preferible aludir a "menores" pues es un término que, no sólo de acuerdo con nuestra Constitución sino también con textos internacionales, fija claramente la edad máxima de referencia en 18 años, lo que, además, es coincidente con la actual regulación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (LORPM), que, como se puede apreciar, también prefirió tal término, a pesar de que no siempre marcó, únicamente hasta dicha edad, el tratamiento *especial* que la ley prevé. Además, al margen de algunas connotaciones negativas asociadas a los términos "delincuencia juvenil" o "criminalidad juvenil", así se evitan otros riesgos asociados a su uso en otros campos, como la Criminología, donde se extiende la "delincuencia juvenil" hasta los veinticinco años. Así pues, partimos de un concepto "estricto" o "restringido" de esta delincuencia, entendiendo por tal, como se verá, y como indica la LORPM, las infracciones que constituirían delito o *falta*, de acuerdo con el Código penal, si hubieran sido cometidas por un adulto.

Por otra parte, y para llegar a plantear las líneas básicas del sistema actual, resulta interesante realizar un breve recorrido histórico que nos permita ver cómo ha evolucionado el sistema y porqué, pese a posibles críticas, el actual es tan relevante.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. Modelo de discernimiento y modelo tutelar

La edad, mínima y máxima, siempre ha sido una cuestión problemática cuando se ha tratado de enfrentar una posible responsabilidad penal de los menores, así como el modelo a seguir en su caso. La apreciación de la minoría de edad como una causa de exención o modificación de la responsabilidad criminal de modo riguroso y científico no se produce hasta mediados del siglo XIX. De hecho, nuestros primeros Códigos Penales siguen un modelo conocido como sistema de discernimiento, según el cual entre determinadas franjas de edad había que examinar si el sujeto obró con discernimiento y malicia o sin él, variando las edades de comprobación de discernimiento y las consecuencias de su existencia o no en función del Código. Obviamente, por debajo de las edades mínimas se asumía la exención de responsabilidad y por encima se consideraba al sujeto penalmente responsable, aunque cabía apreciar circunstancias atenuantes. Así, en nuestro primer Código Penal, el de 1822, el examen debía de hacerse entre los 7 y los 17 años y en el de 1848 entre los 9 y los 15 años. Sólo en caso de apreciarse responsabilidad entre esas edades se imponía una pena pero atenuada, en mayor o menor medida, según el Código en cuestión. En otro caso se les declaraba irresponsables. En el Código Penal de 1870 la novedad radica en que los menores que se declaren irresponsables se entregan a sus padres o establecimientos de beneficencia destinados a la educación de huérfanos y menores desamparados. En 1925 la edad se elevaría de 15 a 16 años.

El fin del sistema de discernimiento y el inicio del sistema tutelar se produce con el Código Penal de 1928, que fija como límite para exigir la responsabilidad penal los 16 años. Después de esa edad y hasta los 18 se aplica una atenuante. Así las cosas, es la primera vez que un Código Penal establece la edad para exigir responsabilidad penal y la fija en 16 años. Por debajo de la misma el menor es considerado inimputable y sometido a la jurisdicción de los Tribunales Tutelares para Niños (creados en 1918). Este modelo se aplica también en los códigos posteriores de 1932 y 1944, variando únicamente el efecto de la atenuación entre los 16 y 18 años. Ulteriores reformas de los códigos, efectuadas en 1963 y 1973, mantuvieron el modelo.

Así pues, el alcance la minoría de edad fue escaso hasta la aparición de los Tribunales Tutelares de Menores, fruto, por Decreto de 11 de junio de 1948, de las sucesivas modificaciones de la ley de Tribunales Tutelares para Niños, ya que básicamente se limitaba a la aplicación de una pena atenuada, que, además, ha sido considerada muy relativa por algunos autores dada la crueldad de las penas en los sistemas antiguos en relación con los cuales no se contemplaba ninguna especialidad, ni procesal ni penitenciaria, por razón de edad.

2. Hacia un modelo de justicia reparadora

Sin duda alguna, la aprobación de la Constitución en 1978, en cuyo primer artículo se proclama que España es un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, implica la necesidad de elaborar un nuevo texto punitivo que se acomodara a las exigencias democráticas derivadas del texto Constitucional. Ese texto, sin embargo, se hizo esperar ya que, pese a intentos previos, el Código Penal no se aprobó hasta 1995. En él resulta especialmente modificado el régimen de la minoría de edad ya que, de acuerdo con las demandas doctrinales, se da el primer paso en la creación de un auténtico derecho penal de menores al equiparar la mayoría de edad penal con la civil y la política. De la LO 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, es especialmente relevante el artículo 19 que es el que establece que los menores de dieciocho años no son responsables criminalmente con arreglo al citado texto y que cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en ley que regule la responsabilidad penal del menor; ley que no llegaría a aprobarse hasta el 12 de enero de 2000 y que no entraría en vigor hasta el 13 de enero de 2001, fecha hasta la cual el legislador tuvo que mantener en vigor la regulación sobre la minoría de edad que databa de 1944, el menos, parcialmente. Sin embargo, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores entraba en contradicción con lo dispuesto en la Constitución de 1978. Tal contradicción fue manifiesta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional del artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Con ello se determina la nulidad parcial de la ley de 1948 y se comienzan los trabajos para adaptar la legislación española de menores infractores a la Constitución, buscando así la superación de un modelo, como el tutelar, en el que no se respetaban las garantías que al menor, como persona, le reconocía nuestra Carta Magna. En este proceso el

primer texto reseñable es la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, pues con ella se transita hacia un sistema que algunos han considerado "de justicia o responsabilidad" ya que, a diferencia el sistema tutelar, no considera como presupuesto que el menor sea en todo caso inimputable; limita tal presunción a los menores de una determinada edad y tiene presente que se trata de una responsabilidad especial, matizada por la inmadurez, por lo que no cabe que los menores sean castigados como los adultos. Esta Ley, precursora de la actual, con la que guarda, sin duda, ciertos parecidos, consolida el respeto al principio de legalidad criminal y regula un procedimiento en el que se observan las garantías procesales básicas.

III. LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

Como es sabido, el Código Penal de 1995 incorporó dos artículos de máxima relevancia en la materia que nos ocupa: el artículo 19 y el 69. En su virtud se preveía la posibilidad de articular, en otra ley, responsabilidad penal para los menores de 18 años y, excepcionalmente, si la ley que abordara el tema así lo previera, incluso hasta los 21 años. El Código Penal pasaba a entender, así, que la responsabilidad penal conforme a lo en él dispuesto comenzaba en los 18 años (sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 12 del mismo). Finalmente, ambos artículos tuvieron reflejo, al menos, inicialmente, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores; una ley formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, que reconoce que la responsabilidad penal de los menores presenta unas características propias y diferentes del sistema de adultos en cuanto a procedimientos y sanciones, por ejemplo, y que respeta, en todo caso, las garantías de todo justiciable. Actualmente sus destinatarios, de acuerdo con el primer artículo de la misma, son los mayores de catorce años pero menores de dieciocho que cometan hechos tipificados como delitos *o faltas* en el Código Penal o las leyes penales especiales.

1. Estructura, reglamento y ulteriores reformas

La ley se *estructura* en una Exposición de Motivos, particularmente importante por lo que a los principios inspiradores se refiere, un Título Preliminar, con una declaración general, un Título primero, relativo al ámbito de aplicación de la ley, y siete títulos más en los que se tratan las medidas y todo lo relativo al procedimiento (la instrucción del procedimiento, la fase de audiencia, la sentencia, el régimen de recursos

y la ejecución de medidas, en las que juegan un importante papel las Comunidades Aurtónomas) así como un tema, particularmente relevante y controvertido como es la responsabilidad Civil (solidaria entre todos los menores implicados y sus responsables legales). Ello se hace a través de 64 artículos a los que siguen, en inicio, seis de disposiciones adicionales, una transitoria y siete finales. Cada artículo viene precedido por un pequeño título que facilita su manejo y comprensión. En estas páginas se aludirá únicamente a algunos de dichos artículos, dejándose sin abordar, por ejemplo, el desarrollo del proceso que tiene muchas peculiaridades comenzando por la instrucción por parte del Fiscal.

El Título Preliminar (art. 1) alude a la competencia material -objetiva y subjetiva-, y destaca el reconocimiento de los derechos previstos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, y, en particular, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor o la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, muy presente en todo el texto, además de todas las normas sobre protección de menores que contengan los tratados válidamente celebrados por España.

En el Título I (arts. 2 a 6) se expone el ámbito de aplicación de la ley. En este sentido, cabe destacar que la competencia funcional se sitúa, inicialmente, en los juzgados de menores para la primera instancia y en las Audiencias provinciales respectivas para la segunda, si bien la materia de terrorismo, como se verá con una de las reformas, quiebra con tal principio general. Por lo que respecta a la competencia territorial se ha de aludir al lugar de comisión del hecho, si bien en el caso de los delitos conexos se usa el domicilio del menor por el principio del interés superior del menor. También es reseñable la alusión expresa, en el artículo 3, al régimen de los menores de catorce años, a los que no se les exige responsabilidad con arreglo a la LORPM sino que se les aplica lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. La concreción de este límite mínimo a partir del cual se puede responsabilizar criminalmente ha estado prácticamente siempre rodeada de polémica. De hecho, en la propia tramitación de la ley se planteó la posibilidad de aplicar la responsabilidad desde los 13 años, al igual que en otros países del entorno en aquel momento pero se entendió que los hechos delictivos que pueden ser cometidos por menores de 14 años no son, ni cualitativa ni cuantitativamente, suficientes para que se les aplique la ley, siendo preferibles otro tipo de actuaciones. No obstante, al respecto las opiniones son encontradas. La propia Fiscalía consideró

necesario, en 2005, replantearse este límite mínimo dado los cambios producidos en la sociedad después de la entrada en vigor de la ley. Es un tema que se retoma con relativa frecuencia, en especial cuando se produce algún caso particularmente noticiable y dado que existen otras regulaciones internacionales en las que se contempla responsabilidad penal desde edades mucho más tempranas.

Ha de tenerse presente, también respecto a la edad, que siempre se ha de atender a la que se tuviera en el momento de comisión de los hechos, sin que afecte a las competencias previstas en la ley el hecho de que la misma se hubiera rebasado antes del comienzo del procedimiento. Se dispone en este aspecto algo coincidente con el artículo 7 CP, pero es interesante subrayar que, de acuerdo con lo preceptuado en la disposición final primera LORPM, tienen carácter supletorio de la misma, para lo no expresamente previsto en ella, el Código Penal y las leyes penales especiales (en el ámbito sustantivo) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en el ámbito del procedimiento).

En todo caso, se ha de tener muy presente que, no todos los artículos se mantienen en su redacción original ya que la ley ha sufrido desde su aprobación cinco modificaciones muy importantes, la primera antes incluso de su entrada en vigor. Ello no sólo choca con el hecho de que pasó mucho tiempo entre su previsión, en 1995, y su aprobación, en el año 2000, sino con el hecho de que, por su necesario desarrollo a través de *reglamento* hubo, a su vez, que esperar demasiado ya que éste no se aprobó hasta el 30 de julio de 2004, por la vía del Real Decreto 1774/2004. El reglamento consta de 85 artículos y una disposición adicional única. De su tardanza, obviamente, se derivaron inconvenientes para la aplicación de la ley pero, además, su publicación resultó incompleta ya que sólo es un desarrollo parcial que se centra en una serie de cuestiones concretas.

Las *reformas*, por el contrario, comenzaron antes incluso de la entrada en vigor de la ley. La primera reseñable es la producida por LO 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo, y en virtud de la cual se crea el Juzgado Central de Menores en la Audiencia Nacional para la materia y se incorpora la medida de inhabilitación absoluta.

Una segunda reforma relevante es la de LO 9/2000, de 22 de diciembre, en cuya disposición transitoria única se suspende la aplicación de la LORPM a los mayores de 18 pero menores de 21 prevista en el artículo 4 originario de la ley, durante el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley. La LO 9/2002, de 10 de diciembre, vuelve

a suspender tal precepto hasta el 1 de enero de 2007 y, finalmente, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, deroga el citado artículo 4 (si bien lo hace a partir del 5 de febrero de 2007 dando lugar a discrepancias sobre el modo en que habría de procederse entre ambas fechas). Esta última ley lleva a cabo otras muchas reformas particularmente importantes, y a las que había dado pie una reforma previa, la operada por LO 15/03, de 25 de noviembre, por cuanto había facultado al Gobierno para sancionar con más firmeza hechos delictivos cometidos por menores que revistieran especial gravedad. En todo caso, no es por eso por lo único que destaca la LO 15/03 sino también porque introduce la acusación particular en el artículo 25 LORPM, lo que resulta un claro ejemplo de modificación de la redacción inicial del texto de la ley que ha llevado, incluso, a contradicciones entre su Exposición de Motivos y el articulado.

En todo caso la reforma llevada a cabo en 2006, la quinta en cinco años de vida de la ley, es particularmente destacable porque afectó a muchas cuestiones y marcó una línea de endurecimiento muy clara. Además de la desaparición del artículo 4 según su redacción original (que pasó a contemplar en su contenido los derechos de las víctimas y perjudicados), se amplian los supuestos en los que se puede imponer el internamiento en régimen cerrado, se otorga primacía al principio de proporcionalidad sobre el de interés superior del menor en la medida en que se adecúa la duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los infractores, se incorpora como medida la de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, se faculta al Juez para acordar el ingreso en centro penitenciario de aquellos menores que estén cumpliendo una media de internamiento en régimen cerrado si cuando alcancen la mayoría de edad su conducta no responde a los objetivos previstos en la sentencia (salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida) y se le obliga a hacerlo cuando el joven cumpla 21 años, se otorgan al Juez amplias facultades para individualizar la medida –o las medidas- que deba cumplir el menor (en virtud de la revisión del régimen de imposición, refundición y ejecución de las mismas), y se establece el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles de la víctima o perjudicado.

2. Principios inspiradores

Muchos de los principios que la inspiran la LORPM son los mismos que están presentes en el ordenamiento penal y procesal en general. Así pues, cuando se alude a los principios inspiradores puede hacerse referencia a los que comparte con adultos y a

los que se diferencian de ellos y confieren especificidad al sistema. Entre los primeros se podrían citar, sin carácter exhaustivo y aprovechando las referencias directas en la ley: el principio de legalidad, contemplado en los artículos 1.1, 7 y 43 LORPM; el principio acusatorio, previsto en el artículo 8 LORPM, o el principio de resocialización, específicamente mencionado en el artículo 55 de la LORPM, que, aunque también podría situarse entre los principios específicos en la medida que la Exposición de Motivos destaca la prevención especial, también es posible situar aquí ya que tras las últimas reformas no parece posible obviar cierta prevención general. También cabría señalar otros, con matices, como el principio de proporcionalidad, el de culpabilidad o el de intervención mínima al que se puede aludir no sólo por el artículo 9 LORPM sino también por el artículo 47 de la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Entre los segundos, esto es, los que son particularmente característicos y conformadores del sistema de menores, se ha de destacar el *principio de interés superior del menor*, el principio de oportunidad y el principio de especialidad. El primero es el fundamental y se encuentra reflejo de él no sólo en la Exposición de Motivos sino prácticamente en todo el texto de la ley. Igualmente, son muchas las manifestaciones del principio de oportunidad en la LORPM.

De hecho, el principio de interés superior del menor es un principio informador de la ley que se encuentra ya enunciado en el artículo 3.1 CDN para todas las medidas concernientes a los niños que tomen todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Se consagra en la Exposición de Motivos de la LORPM siguiendo postulados de recomendaciones y convenios internacionales, señalándose que ha de primar como "elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten". También está presente en la LO 1/1996 que la propia LORPM cita en su vertiente de protección, y en muchos artículos de la LORPM se apela a tal principio, como, por ejemplo, los artículos 7.3, 13.1, 27, 28, 29, 36, 37, 46 o 47. El problema que plantea es que se trata de un concepto jurídico indeterminado por lo que se suscitan conflictos para consensuar una definición. A falta de una definición concreta y consensuada sí se acepta que la aproximación al concepto pasa por asumir que implica una serie de características como un contenido educativo, una justicia comprensible, una respuesta individualizada o una intervención cercana al menor. En origen también se

consideraba una manifestación del mismo la exclusión de la acusación particular pero, esto, obviamente, ya no es posible.

Por su parte, el *principio de oportunidad* se opone a la indisponibilidad de la acción penal por delitos públicos en el proceso penal adulto ya que permite al fiscal la apreciación sobre la conveniencia o no de la acción penal. Tiene su antecedente en la LO 4/1992 pero también está avalado por normativa internacional como las Reglas de Beijing (art. 11) o la Recomendación 87 (20), del Comité de Ministros de Europa. En la LORPM se ha limitado a supuestos de escasa gravedad y guarda relación con los sistemas informales de resolución de conflictos penales cuando se trata de delincuentes ocasionales. Manifestaciones del mismo encontramos, por ejemplo, en los artículos 18, 19, 32, 36, 40 o 51, lo que, atendiendo a su contenido, permite afirmar que está presente en las diferentes fases del proceso.

El principio de *especialidad*, lógico y justificado por la especificidad del sujeto al cual se dirige el proceso -menor en pleno desarrollo-, se encuentra expresamente recogido en la disposición final cuarta, según la cual es preceptiva la especialización de Jueces, Fiscales y abogados. En este sentido se prevé que en todas las Fiscalías exista una Sección de Menores compuesta por especialistas (con las dotaciones de funcionarios administrativos que sean necesarios, según se determine reglamentariamente) así como que el Consejo General de la Abogacía adopte las disposiciones oportunas para que en los Colegios se impartan los cursos homologados para la formación de los letrados que deseen adquirir especialización en materia de menores para intervenir ante los órganos de esta jurisdicción. Aquí también cabría tener presente el papel especializado de los correspondientes equipos técnicos (en atención al apartado séptimo de la Exposición de Motivos) o la existencia de unidades policiales específicas, en determinados lugares (de acuerdo con el artículo 12 de las Reglas de Beijing).

IV. MEDIDAS PREVISTAS EN LA LORPM

En el caso de los menores las sanciones que se imponen responden a la denominación de “medidas” en lugar de “penas” para evitar la connotación de estas últimas. También, a diferencia de lo que sucede en el sistema de adultos, no hay una medida concreta aplicable a cada tipología delictiva. Recordemos que los hechos delictivos por los cuales un menor puede responder son los mismos que los de un adulto, pero el modo en que responda será decidido por el juez en aplicación de la gran

flexibilidad de que dispone ya que apenas hay "reglas" que condicionen escoger una u otra medida. No obstante, alguna se podría indicar. Así, por ejemplo, la gran flexibilidad de que dispone el Juez se ve limitada en el caso de *faltas*, ya que en esos supuestos sólo podrá escoger entre siete medidas de las enumeradas en el artículo 7.1 LORPM. Igualmente, también existen límites a la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado ya que sólo está prevista para tres supuestos descritos en el artículo 9.2 LORPM y nunca será posible para acciones u omisiones imprudentes (art. 9.4 LORPM). Y cuando en el menor concurran las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP, las medidas aplicables -incluso las únicas posibles- serán las medidas que denominaremos, a continuación, "terapéuticas" (arts. 5.2 y 9. 5 LORPM).

Cabe también destacar que es posible imponer una o más medidas (siempre que no se aplique dos veces la misma medida), con independencia de que se trate de uno o más hechos (sin perjuicio de la posibilidad de acudir a lo dispuesto en el art. 11 LORPM para el enjuiciamiento conjunto de varias infracciones). La elección la hará el Juez con la ayuda del equipo técnico, atendiendo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (art. 7, apartados tercero y cuarto LORPM).

1. Tipos

No existe, también a diferencia de lo que sucede en el sistema de adultos, una gradación ni clasificación de las medidas. Simplemente el artículo 7.1 LORPM se limita a listar y explicar dieciséis (letas a-ñ), de las cuales sólo cuatro son novedosas en relación con la ley anterior (LO 4/1992). No obstante, es posible agruparlas atendiendo, por ejemplo, a cinco criterios: privativas de libertad, entre las que se encuentran el internamiento (en régimen cerrado, semi-abierto y abierto) y la permanencia de fin de semana; restrictivas de libertad, circunscrita a la medida de libertad vigilada, que cuenta con siete reglas de conducta, la última de las cuales permite aplicar casi cualquier obligación; privativas de otros derechos, entre las que cabe enumerar la prohibición de aproximarse o comunicarse, las prestaciones en beneficio de la comunidad, la privación de determinados derechos o la inhabilitación absoluta; medidas terapéuticas, en las que cabe situar el tratamiento ambulatorio y el internamiento terapéutico (cerrado, semi-abierto o abierto), y, finalmente, las medidas educativas (ya que, si bien, todas las medidas se supone han de tener un componente educativo, éste no es igualmente

evidente en todas), como son la asistencia a un centro de día, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, la realización de tareas socioeducativas o la amonestación.

En relación con lo anterior cabe señalar que, con carácter general, los internamientos se componen de dos períodos: uno en el centro y otro en libertad vigilada (art. 7.2 LORPM), siendo el juez quien determinará, contando con el informe del equipo técnico sobre el contenido de ambos períodos, cuánto durará cada parte dentro de los límites temporales pautados por la propia ley.

Como por la propia denominación se habrá podido observar, es interesante destacar que algunas de las citadas medidas guardan importante parecido con algunas penas del sistema de adultos. Así, por ejemplo, la permanencia de fin de semana guarda cierto parecido con el que fuera arresto de fin de semana, las prohibiciones de aproximación o comunicación con las penas del artículo 48 CP, las inhabilitaciones, en especial la absoluta, también se conocen en el régimen de adultos, las prestaciones en beneficio de la comunidad requieren, al igual que los trabajos en beneficio de la comunidad, el consentimiento del condenado, y en las medidas terapéuticas se puede encontrar cierta similitud con el planteamiento de las medidas de seguridad. No obstante, incluso entre éstas en las que existen ciertos parecidos también cabe señalar diferencias como la duración y ejecución de la permanencia de fin de semana o el número de horas posibles de prestaciones en beneficio de la comunidad (pues no se ha de olvidar el contenido educativo de la ley, aparejado, según la edad, a enseñanza obligatoria), aunque no se trate de cuestiones en las que podamos adentrarnos en este punto pues la explicación de todas las medidas sería demasiado extensa. En todo caso, se ha se indicar que para la ejecución de las medidas se elabora un plan individualizado de ejecución (PIE).

2. Duración

De acuerdo con el artículo 9.1 LORPM cuando los hechos delictivos fueran *faltas* sólo cabría escoger entre siete medidas: libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez y la realización de tareas socio-educativas, todas ellas con un máximo de seis meses: la permanencia de fin de semana, hasta un máximo de cuatro fines de semana; las prestaciones en beneficio de la comunidad, hasta cincuenta horas; la

privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas, hasta un año; o la amonestación.

En otro caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.3 LORPM, con carácter general, la duración de las medidas no puede exceder de dos años. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no puede superar las cien horas y la medida de permanencia de fin de semana no puede superar los ocho fines de semana.

No obstante, existen también unas reglas especiales de aplicación y duración de las medidas a las que se refiere el artículo 10 de la ley que permiten superar los citados límites en dos supuestos distintos y en ambos la duración de las mediadas depende de la edad del menor. Concretamente, el apartado primero -a- del artículo 10 permite, en los supuestos del artículo 9.2 LORPM, que la medida alcance los tres años de duración, ciento cincuenta horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o doce fines de semana de permanencia si el menor tuviera catorce o quince años, pero si el menor tuviera dieciséis o diecisiete años la medida podría alcanzar los seis años, las doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o dieciséis fines de semana de permanencia (art. 10.1.b). Además, en este último caso, si el hecho reviste extrema gravedad (esto es, según el mismo artículo, aquellos en los que se aprecie reincidencia) el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años que habrá de complementarse sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. No obstante, una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento, será posible hacer uso de lo dispuesto en los artículos 13 (modificación de la medida impuesta) y 51.1 (sustitución de la medida).

El segundo apartado del artículo 10 LORPM contempla otro supuesto aún más gravoso en virtud del cual si el hecho cometido estuviera tipificado como delito en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 o si fuera un delito castigado con pena de prisión igual o superior a quince años señalada en el Código Penal o en las leyes penales especiales, el juez ha de imponer ciertas medidas, que dependerán también de la edad del sujeto en el momento de comisión de los hechos. Si su edad fuera de catorce o quince años, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años. Sin embargo, si el menor tuviera dieciséis o diecisiete años, la medida de internamiento en régimen cerrado será de uno a ocho años de duración

complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. Y, en este último caso, además, sólo cabrá acceder a lo previsto en los citados artículos 13 y 51.1 o al 40 LORPM (suspensión de la ejecución del fallo) cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. Y, es más, cuando el delito cometido sea uno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal también cabrá imponer al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta (art. 10.3 LORPM).

En relación con el internamiento y la libertad vigilada mencionados en el artículo 10.1 b), segundo y tercer párrafo, y 10.2 LORPM, cabe matizar que, de acuerdo con la Circular 9/2011 de la Fiscalía General del Estado, no es de aplicación la previsión general del artículo 7.2 LORPM en relación con los dos periodos que integran el internamiento ya que en dichos apartados del artículo 10 nos encontramos ante un régimen especial que también se diferencia del general por las dos peculiaridades que el artículo 10.4 LORPM prevé para la libertad penal complementaria del artículo 10. En consecuencia, cuando se apliquen las reglas del artículo 10.1b, segundo y tercer párrafo, y el artículo 10.2 la libertad vigilada que pueda preverse en la sentencia se configurará, en todo caso, como una medida diferenciada, posterior, complementaria y sucesiva al periodo de internamiento en centro cerrado.

Las particularidades derivadas de la pluralidad de infracciones y los procedimientos para aplicar las medidas en tales supuestos, se encuentran reguladas en los artículos 11 y 12 LORPM.

V. CÓMPUTO DE LA EDAD

Como ha quedado puesto de manifiesto, conocer la edad del sujeto en el momento de comisión del hecho delictivo es determinante no sólo para concluir si procede aplicar la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor o no, sino también, en su caso, para concretar la máxima medida que se podría imponer al sujeto. En consecuencia, comprobar si el sujeto tiene 14, 16 o 18 años (y, eventualmente, 21) es muy relevante y no siempre sencillo.

A diferencia de lo sucede en otras ramas del ordenamiento jurídico, para concretar la edad del sujeto en el momento de comisión del hecho delictivo no se aplica lo

dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, en virtud del cual para el cómputo de la mayoría de edad se incluye completo el día del nacimiento de la persona; ficción jurídica que favorece al sujeto. En el campo penal, sin embargo, esto puede resultar negativo al suponer una merma de derechos pues el sujeto alcanzaría antes la mayoría de edad penal y con ello se podría dar lugar a la aplicación el régimen más gravoso del Código Penal frente al más benigno de la LORPM,

Así pues, con carácter general, en el campo penal a estos efectos lo que se hace es establecer un sistema denominado "de momento a momento" en el que se han de poner en relación dos fechas y horas concretas: la de comisión del hecho delictivo y la del nacimiento. Para fijar la edad del sujeto, de acuerdo con el artículo 375 LECrim, se estará a lo dispuesto en la certificación de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil o en la partida de bautismo, de no estar inscrito. Según este mismo artículo, si no fuera posible fijar la edad del sujeto por esta vía, por ejemplo porque el procesado manifestara haber nacido en un punto lejano que supusiera la necesidad de emplear mucho tiempo incorporar a la causa la oportuna certificación registral o por tratarse de extranjero cuya minoría de edad no pudiera ser establecida con seguridad (algo previsto en la LO 8/2000, de 2 de diciembre), se procederá al informe de médicos forenses. Para ello, la práctica forense actual viene incluyendo las siguientes pruebas médicas: exploración física (examen físico general), maduración sexual, examen de la cavidad oral (con exploración del estado de la dentición y radiografía dental) y examen radiológico (radiografía simple de la mano izquierda). No obstante, también cabe tener presente que no existe ninguna prueba suficiente *"per se"* para establecer la edad cronológica de un sujeto, aunque la valoración conjunta de diferentes pruebas médicas contribuye a reducir el margen de error. Si persiste duda se aplica el principio *in dubio pro reo.*

También ha de tenerse presente que en caso de contradicción entre varios medios probatorios, el Tribunal puede decidir en virtud de la prueba que considere oportuna.

Si el problema reside en que se conoce la fecha de nacimiento pero no la hora para hacer la comparación "momento a momento" se aplica el principio *in dubio pro reo*, y se entenderá que el hecho delictivo se cometió antes de la mayoría de edad (o, en su caso, de cumplir los 14, 16 o 21 años), con lo que se asegura la aplicación de la legislación más favorable.

No obstante, cabe matizar que, en alguna ocasión puntual, a pesar de conocerse la hora exacta del nacimiento y de ser ésta anterior al momento de comisión del hecho delictivo, el Tribunal optó por la aplicación de la legislación más favorable pero utilizando como argumento las reglas para el cómputo de plazo fijadas en el Código Civil, en virtud de la cual el cómputo se realiza por días completos.

Si en las Diligencias Preliminares el Fiscal comprueba que el denunciado es menor de 14 años, ha de dicar decreto de archivo y remitir las actuaciones a la entidad de protección. Cuando, por el contrario, se compruebe que es mayor de 18 años, también dictará decreto de archivo de las Diligencias Preliminares y las remitirá al Juez de Instrucción competente.

Conviene tener presente que la determinación de la edad puede dar lugar a más problemas en los casos de delitos continuados y permanentes. Si bien no entraremos en ellos en este punto, aprovecharemos para reseñar que, sustancialmente, la teoría jurídica que conocemos en el sistema de adultos es aplicable también en el de menores, salvando algunas pequeñas particularidades propias del sistema la más probable aceptación de errores. También cabe reseñar diferencias en el papel más o menos importante de alguna agravante o atenuante respecto o los diferentes plazos de prescripción de los hechos delictivos y las medidas (art. 15 LORPM).

El proceso que, por otra parte, sí tiene muchas peculiaridades, comenzando por la instrucción por el Fiscal y destacando que, por operatividad, ha pasado a ser el Juez que sentenció la primera causa quien se encarga de la ejecución de las posteriores, no es una cuestión en la que en esta ocasión nos podamos detener, si bien está detallada en los títulos tercero a sexto de la ley, particularmente. No obstante, subrayamos los problemas prácticos que, en ocasiones se suscitan, como, por ejemplo, cuando en un mismo hecho delictivo participan varios sujetos de los cuales unos, por edad, son enjuiciados por la jurisdicción de menores y otros por la de adultos. También son reseñables las particularidades en la ejecución de las medidas, entre las que se ha de destacar el importante papel de las Comunidades Autónomas, y la complejidad de la responsabilidad civil que parte de una responsabilidad solidaria entre todos los menores y sus padres o personas o instituciones responsables.

VI. CONCLUSIÓN

La LORPM, si bien tardó demasiado en ser aprobada y más en entrar en vigor, ha logrado la superación de unos modelos previos incompatibles con nuestro texto constitucional y, con ello, ha mejorado sustancialmente la parte de reforma que es, en ocasiones, necesaria ante la comisión de hechos delictivos por menores de entre 14 y 18 años, pero, sin olvidar, por ello, y pese a la comisión de actos delictivos, unas connotaciones de protección también en esa franja de edad pues el sistema está presidido por el interés superior del menor entre cuyas múltiples manifestaciones cabría destacar la enorme flexibilidad de la que goza el juez a la hora de sancionar y siempre con una finalidad de prevención especial dominante.

La existencia de una ley especial para estos supuestos (aunque comparta algunas puntos básicos con el sistema de adultos ya que se guía, esencialmente, por la teoría jurídica del delito tal y como en el sistema de adultos se conoce) tanto por razones de inimputabilidad como de política criminal parece acertada. En lo que respecta a su articulación es indudable que las franjas de edad han sido y serán objeto de polémica. Por lo que respecta al límite inferior, en especial por la alarma social que generan ciertos hechos puntuales, el debate sobre a partir de qué edad es posible entender que el sujeto es imputable y, en consecuencia, puede ser responsable criminalmente, es un tema que muy probablemente deberá de ser retomado. Cuando suceda, confiamos en que sea con la reflexión apropiada sin regulaciones derivadas de casos concretos de las que, lamentablemente, ya ha dado muestra nuestro ordenamiento. En tal caso tampoco sería descartable, en coherencia con el entendimiento que finalmente se hiciera, en su caso, en relación con la edad mínima a partir de la cual fuera posible responsabilidad criminal, retomar la posibilidad prevista en el artículo 69 CP, al menos ante determinados supuestos.

El sistema procesal, que sí presenta sustanciales diferencias con el modelo de adultos, respeta las garantías básicas y, en esencia, no es cuestionable, sin perjuicio de que sería recomendable un mayor desarrollo reglamentario en cuestiones relativas a la ejecución y de que la competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia a veces son problemáticas. La articulación y consecuencias que pueden derivarse de la regulación de la responsabilidad civil es también compleja y uno de los grandes problemas de la ley. Una de sus grandes ventajas y características es la enorme

versatilidad de la manifestación del principio de oportunidad, presente desde antes de que se inicie el proceso hasta el período de la ejecución de la sentencia.

Por otra parte, y aunque la esencia y principios inspiradores de la ley se puede defender que persisten, y ello es positivo, tampoco se puede obviar, que la tendencia que esta ley ha vivido en los últimos años a través de sus reformas es, paralelamente a lo que está sucediendo con el derecho penal de adultos, la del endurecimiento, lo cual es, cuanto menos, cuestionable ya que puede que no sea ni eficaz ni necesario. Cualquier modificación relativa, en especial, a las franjas de edad, medidas o duración de las mismas debería estar convenientemente respaldada y ser producto de un análisis profundo y documentado, para lo cual los estudios de tipo estadístico y criminológico serían de ayuda.

En todo caso, no podemos perder de vista que nos situamos en el campo del derecho penal, y como tal, por su propia naturaleza, esta rama del derecho interviene "tarde". Pretender que no sea necesaria no es posible, pero reducirla puede y debe lograrse no sólo por su intervención sino también por otras vías. En este sentido, algunos autores defienden la efectividad del sistema de menores en el sentido de que con él se impide que tales jóvenes acaben siendo delincuentes adultos. Es posible. Es lo que se espera de la resocialización que la ley defiende. Sin embargo, tal vez lo deseable sea ir más allá, y articular mecanismos extrapenales que permitan a esos menores, cuando la situación esté favorecida, por ejemplo, por su marginación o desarraigo, encontrar soluciones a tales carencias antes de que su incursión en la delincuencia haga preciso que los mecanismos de protección y reforma de la LORPM les permitan salir de ella. En este sentido ya el defensor del Pueblo en un informe de 2002 aludía a la necesidad de que los sistemas educativos, los servicios sociales y de salud mental actuaran de forma eficaz para evitar que muchos jóvenes se vieran obligados a pasar por el sistema de justicia juvenil

Por último cabría apuntar, aunque puede ser una cuestión *formal menor*, que sería deseable que el legislador tuviera en cuenta el impacto que algunas de sus reformas tienen en otras leyes diferentes a aquellas que, inicialmente, se reformaron. Concretamente, en el caso que nos ocupa, la LORPM mantiene las referencias a las faltas que, básicamente, podría afirmarse, no sin matices, han desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico penal. Entendemos, pues, que las alusiones en el texto que nos ocupa a faltas pueden entenderse realizadas a los delitos leves.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BARREIRO JORGE, Agustín/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?, Atelier, Barcelona 2007.

COLÁS TURÉGANO, Asunción, Derecho Penal de Menores, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Thomson civitas, Navarra 2008.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther (Coord.), Proceso penal de menores, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

GOYENA HUERTA, Jaime, Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores con Jurisprudencia, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2014.

MONTERO HERNANZ, Tomás, La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones, La Ley, Madrid 2009.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, El principio del *interés del menor* en Derecho penal: una visión crítica, *RDPC*, 3ª época, nº X, 2010.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián, Prontuario penal para abogados. Derecho procesal penal, Volumen II, UCAV, Ávila 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Rebajas de enero para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?, Indret, nº 1, 2007.

*** * * * * ***

Silvia Vivó Cabo
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia FICP.

~Las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado. ¿Posibilidad de nuevas imputaciones?~

Resumen.- La función procesal del auto de acomodación al Procedimiento Abreviado es la finalización de la instrucción y la delimitación de los hechos que pueden ser objeto de acusación. El artículo 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga a las partes acusadoras la posibilidad de solicitar diligencias complementarias una vez dictado el auto de acomodación de las diligencias previas a los trámites del procedimiento abreviado. Las diligencias complementarias son vistas con recelo por determinados operadores jurídicos, por considerar que pueden constituir un abuso por parte del Ministerio Fiscal a la hora de proveerse de elementos de prueba de los que servirse en el juicio oral y que en ocasiones suponen un retraso en la cumplimentación de esa fase intermedia dada la literalidad del artículo 780.2 Lecrim, debiendo el Juez de Instrucción acordarlas siempre que las solicite la acusación pública, pues así parece imponerlo el precepto, sin perjuicio de las argumentaciones que se expondrán a lo largo de la presente exposición.

Palabras Clave.- Diligencias complementarias, excepcionalidad, acusación, vinculación, ampliación.

I. INTRODUCCIÓN

El auto que pone fin las Diligencias Previas es una resolución del Juez de Instrucción en la que se determina que por haberse practicado todas las diligencias imprescindibles de la investigación penal que fueron declaradas pertinentes, se concluye la instrucción o investigación, para iniciar a una segunda fase, llamada intermedia, y en la que por otros trámites procesales diferentes, se pasa el resultado de las actuaciones a las partes acusadoras para que indiquen si solicitan el sobreseimiento, formulan acusación o, excepcionalmente, interesan la práctica de alguna diligencia investigadora complementaria más.

Por tanto, negativamente, es una resolución judicial en la que implícitamente el Juez está considerando que se halla ante un presumible delito de los que se enjuician como tales por el llamado Procedimiento Abreviado (artículo 757 Lecrim, los castigados con pena privativa de libertad no superior a 9 años, o cualesquiera otras penas de distinta naturaleza no importa cuál sea su cuantía o duración) y que por ello excluya tanto el archivo del procedimiento, como reputar los hechos delito leve, como inhibirse a favor de otra jurisdicción.

La LO 7/1988, de 28 de diciembre, creó los Juzgados de lo Penal y otorgó a Juez distinto la instrucción y el enjuiciamiento en el marco de un nuevo procedimiento que se introducía por primera vez en el ordenamiento jurídico como es el procedimiento

abreviado para determinados delitos. En este procedimiento, una vez finalizada la fase de instrucción, se ha de dictar el llamado auto de procedimiento abreviado que da paso a lo que se conoce como fase intermedia. En ella, se efectúa un traslado de las actuaciones, por original o por fotocopia al Ministerio Fiscal y a las restantes acusaciones personadas, si las hubiere, para que en el plazo de 10 días formulen escrito de conclusiones provisionales solicitando la apertura de juicio oral o el sobreseimiento de la causa, según dispone el artículo 780.1 Lecrim. Pero además de estas dos posibles peticiones, el texto legal prevé una tercera que es la práctica de diligencias complementarias para formular acusación.

Pues bien, sobre esta tercera posibilidad se plantean una serie de cuestiones que vamos a analizar, tales como la excepcionalidad de las mismas, los requisitos que debe cumplir la petición para considerarla incluida en el precepto, qué grado de vinculación tiene el juez para con las mismas cuando son solicitadas por el Ministerio Fiscal, es decir, si ha de atender de forma indiscriminada cualquier petición de la acusación pública o, si por el contrario, ha de examinarla bajo determinados parámetros y en su caso, denegarlas, pues no puede olvidarse que no existe un trámite semejante para la defensa del investigado, quien en esta fase intermedia no tiene otra intervención que la de recurrir el auto de procedimiento abreviado y la presentación del escrito de defensa. Y, por último, si es o no posible la ampliación de la imputación contra otra u otras personas por la vía de las diligencias complementarias.

II. EXCEPCIONALIDAD DE LAS DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS.

Sobre el alcance de la posibilidad que el artículo 780.2 Lecrim otorga a las partes acusadoras para solicitar diligencias complementarias una vez dictado el auto de acomodación de las diligencias previas a los trámites del procedimiento abreviado, para ello debe partirse de la función procesal del auto de acomodación al procedimiento abreviado: la finalización de la instrucción y la delimitación de los hechos que pueden ser objeto de acusación.

Como es sabido, la fase intermedia sucede la instrucción y posibilita la apertura de juicio oral, pero no puede perder la función garantizadora que ha de presidir permanentemente el período de actividad instructora. Se llama también preparatoria porque, en definitiva, su finalidad última y principal es preparar la apertura de juicio oral en el caso de que no proceda el sobreseimiento de las actuaciones, tanto el libre como el provisional. Todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno,

especialmente aquellos que confían al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación atribuyen a esta fase una importante función de garantía para quien va a resultar acusado[1].

Una vez finalizada la fase de instrucción, la posibilidad de práctica de diligencias complementarias que abre el artículo 780 Lecrim tiene carácter excepcional, ya que así se configura en la propia norma, y únicamente puede tener como finalidad la tipificación de los hechos.

Si se permite que a través de las diligencias complementarias para la tipificación, se soliciten auténticas diligencias de investigación que no tengan que ver con aquélla, se pervierte la verdadera finalidad abreviada del procedimiento, y se eterniza la instrucción.

Por ello, las diligencias complementarias que solicite la acusación no pueden suponer una extemporánea reapertura de la investigación, y si el Ministerio Fiscal o el Acusador Particular consideran la misma incompleta, porque debe investigarse más, deben recurrir el Auto que finaliza las Diligencias Previas, para que, continuando como tales, se prosiga en la fase de investigación.

Las diligencias complementarias referibles a la tipificación, en definitiva, no deben distorsionarse para enmascarar diligencias de investigación que pretendan una mejor determinación de la naturaleza de los hechos y las personas que en ellos hayan intervenido.

Lo adecuado es que las diligencias de investigación, por tanto, se hagan valer cuando se está en la fase de investigación, bien mediante la participación activa de la parte acusadora, bien inmediatamente antes de que el Juez instructor acuerde la clausura de la instrucción, o y finalmente, bien, una vez dictada esta, mediante el correspondiente recurso contra el Auto que indebidamente da por acabada la instrucción incompleta.

El carácter excepcional de la práctica de las diligencias complementarias ha sido enfatizado por el Tribunal Constitucional en la STC 186/1990[2]en la que afirma "que dichas diligencias complementarias solo serán admisibles si dentro de la acusación

[1] DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., Problemas procesales vinculados a la fase intermedia. Reformas procesales y sustantivas en el ámbito penal. Cuadernos Digitales de Formación, núm. 2, 2014, Consejo General del Poder Judicial, p. 4.

[2] EDJ 1990/10428 Tribunal Constitucional Pleno, S 15-11-1990, nº 186/1990, BOE 289/1990, de 3 de diciembre de 1990, rec. 1914/1990. Pte: Gimeno Sendra, Vicente.

resulta imposible concretar los elementos del tipo penal y aunque las mismas tengan naturaleza instructora, ello no quiere decir que, por esa vía excepcional, la Ley autorice a las acusaciones a completar o ampliar la totalidad de la instrucción previa, toda vez que la revisión del material instructor se vincula sólo con la tipificación de los hechos".

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional dice que han de tener carácter excepcional, complementario y restringido, siendo ésta su principal nota definitoria. Dice la doctrina que ha de hacerse especial hincapié en la excepcionalidad que predica de las mismas el texto legal y que no pueden convertirse en la regla general, como sucede en muchas ocasiones[3].

Ahora bien, sucede en muchas ocasiones que el uso de este mecanismo legal se debe a los defectos que se derivan de la fase de instrucción y de lo único que trata es de suplir ausencias. A veces, cuando el Fiscal recibe un procedimiento para evacuar el trámite de calificación cuenta con que el Juez haya incorporado al mismo determinadas diligencias que son esenciales para poder calificar, sin embargo de no haberse incorporado por el Juez instructor ni haber sido solicitadas con antelación por el Fiscal, el uso de la fórmula de las diligencias complementarias se presenta como una forma de completar la instrucción de la causa sin necesidad de interponer recurso contra el auto de procedimiento abreviado.

En la fase intermedia es en la resolución de transformación de las actuaciones a procedimiento abreviado donde se realiza la imputación subjetiva de hechos, y una vez notificada a las partes, el Fiscal deberá examinar minuciosamente las actuaciones, analizar de forma precisa las diligencias de instrucción practicadas, su trascendencia y el peso que esos indicios de criminalidad alcanzarán cuando se conviertan en medios de prueba el momento de prueba del juicio oral. Es en ese momento cuando el Fiscal realiza un juicio de valor eventual, pero real, del peso que las diligencias de instrucción van a tener en el acto del juicio y si las mismas, a priori tienen potencial suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia.

De manera que debe destacarse el carácter excepcional de las diligencias complementarias, deberán referirse a aspectos muy puntuales, a suplir la falta de elementos muy esenciales para la tipificación de los hechos, aunque debe también

[3] CARRETERO SÁNCHEZ, A., La regulación de las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado: visión crítica. Diario La Ley, núm. 7640, Sección Tribuna, 30 de mayo de 2011, Editorial La Ley, p. 2.

apuntarse que el resultado de una diligencia complementaria puede traer como consecuencia no sólo la presentación del escrito de conclusiones provisionales si no también que el Fiscal solicite el sobreseimiento de la causa, como en ocasiones ocurre en la práctica.

En otras ocasiones, no obstante, no podrá predicarse de las diligencias que como complementarias solicite el Fiscal esa característica integradora de la labor del Juez Instructor, sino que obedecerán a otras consideraciones. Y es en esas circunstancias cuando, sin lugar a dudas, las mismas habrán de ser fiscalizadas por el Juez instructor para que no se conviertan en un fraude de ley.

Como sucede cuando las diligencias complementarias pretendieran ampliar subjetiva y objetivamente el alcance del procedimiento y por otra, cuando vayan dirigidas a realizar por parte del Fiscal acopio del material probatorio con miras al juicio oral al considerar insuficientes las existentes. Si tanto una como otra resultan necesarias, lo procedente será interponer recurso contra el auto de procedimiento abreviado en el primer caso y proponer prueba anticipada en el segundo, pues utilizar las diligencias complementarias con fines distintos al legalmente previsto constituye un fraude de ley.

De modo que no cabe en dicha fase procesal que las acusaciones solicite nuevas diligencias de investigación, ya que la fase de instrucción ha concluido y si entienden que la decisión de terminación ha sido acordada precipitadamente deben recurrir la resolución.

En este sentido resulta especialmente destacable la STS 714/2006, de 29 de junio[4] que afirma *"En este sentido, haya recurrido o no formalmente el Ministerio Fiscal contra el Auto de transformación en procedimiento abreviado, si de las nuevas diligencias solicitadas como complementarias se desprende una nueva imputación por aparición de nuevos hechos o de nuevos imputados, el cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 779.4ª, en cuanto prevé que al imputado se le tome declaración conforme al artículo 775, implica necesariamente, en primer lugar, que tal declaración tenga lugar con la fase de instrucción abierta, de modo que el imputado todavía pueda solicitar nuevas diligencias de investigación en su defensa, y además, en segundo lugar, que el cierre de dicha fase se realice mediante el dictado de un nuevo Auto con el contenido legalmente determinado, el cual dependerá d la valoración que haga el Juez*

[4] EDJ 2006/98750 Tribunal Supremo Sala Segunda, S 29-06-2006, nº 740/2006, rec. 1553/2005. Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel.

de instrucción de las diligencias practicadas, entre la cuales no pueden excluirse las que el imputado haya podido proponer en su defensa."

En definitiva, las diligencias complementarias por su propia definición legal no van dirigidas a determinar la participación de ninguna persona en los hechos sino a completar la falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos.

III. ALCANCE DE LA VINCULACIÓN DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN A LA SOLICITUD DE DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS POR EL MINISTERIO FISCAL

Esta cuestión ha sido profundamente debatida por la doctrina, pues esa vinculación parece desprenderse de una interpretación literal de lo dispuesto en el artículo 780.2 Lecrim.

Indicar que únicamente el Ministerio Fiscal y las restantes acusaciones tienen legitimación activa para solicitar esta clase de diligencias. Y ello resulta lógico, dado que se adjetivan como complementarias de cara a la redacción del escrito de conclusiones provisionales que han de presentar las acusaciones pública, privada o popular en su caso.

El contenido del artículo 780,2 Lecrim prevé un doble régimen, en función de cuál sea la parte acusadora que las solicite: tratándose del Ministerio Fiscal, el Juez las acordará cuando falten elementos esenciales para la tipificación de los hechos y resulten indispensables para formular acusación; interesándolas cualquier otra acusación, el instructor acordará lo que estime procedente. De la dicción legal parece desprenderse por tanto que el Juez viene vinculado a la petición de diligencias complementarias cuando las solicita el Fiscal, debiendo entonces acordar su práctica, concediendo en cambio un margen de discrecionalidad al respecto cuando la solicitud procede de otra de las acusaciones personadas[5].

En relación al grado de vinculación que ha de representar para el Juez de Instrucción la petición del Ministerio Fiscal, resulta clara la dicción del texto legal que parece sugerir un nivel de vinculación absoluta. Este hecho ha creado un gran debate en la doctrina que defiende a ultranza el principio de igualdad de armas en todas las fases

[5] ALLUÉ FUENTES, Alfonso/DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando."La motivación y contenido del auto por el que se acuerda la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Perspectiva jurisprudencial, Revista Jueces para la Democracia. Boletín de la Comisión Penal. Número 5-2013, pp. 9-14.

del procedimiento, entendiendo que aún a pesar de la vinculación que la Ley impone al Juez, éste ha de llevar a cabo un control jurisdiccional de la petición de diligencias complementarias formuladas por el Ministerio Fiscal con independencia del contenido, naturaleza o alcance de aquellas, pues la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional así se lo permite[6]. Desde esta perspectiva puede el Juez de Instrucción comprobar tanto si la petición resulta excepcional como si limita su objetivo a recabar elementos fácticos esenciales sin cuya práctica no puede realizarse la tipificación de los hechos, pues en caso contrario, podrá denegarlas aunque sea el Fiscal quien las solicite, hallando aquí una forma de compatibilizar el alcance de la interpretación del Tribunal Constitucional con el principio de igualdad de armas. Y frente a la resolución denegatoria cabria interponer recurso de apelación al amparo de lo dispuesto en el artículo 311 Lecrim.

Otros autores[7] defienden una interpretación flexible, amplia y crítica del precepto, considerando que podrían negarse si el Fiscal solo manifiesta que son necesarias pero no acredita la imposibilidad de presentar escrito de acusación, pues una cosa es la imposibilidad de acusar y otra la necesidad de contar con elementos añadidos para acusar, siendo que el Juez ha de prolongar su papel más allá de sentirse un mero espectador y ha de realizar una labor indagatoria del contenido y verdadera finalidad de las diligencias cualquiera que sea la parte que se las solicite. De ahí que este autor postule una reforma urgente del artículo 780.2 en el sentido de que la petición de diligencias complementarias no sea vinculante nunca para el Juez, entendiendo que esta reforma no perjudicaría al interés público sino que trataría de agilizar el procedimiento abreviado, dando cumplimiento al principio constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

Desde otra perspectiva, se apunta a que tampoco se deberán acordar esas diligencias complementarias cuando ya se hayan practicado, aunque el Fiscal considere que no se ha hecho de forma satisfactoria, como ocurriría en una declaración testifical si el Fiscal solicitase por esta vía una ampliación[8].

[6] HERNANDEZ GARCÍA, J., La fase intermedia en el procedimiento abreviado: su incidencia en el juicio oral, del auto de incoación del procedimiento abreviado al auto de apertura de juicio oral, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 32, 2013, Consejo General del Poder Judicial, p. 38.

[7] CARRETERO SÁNCHEZ, A., La regulación de las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado: visión crítica., Diario LA LEY, núm. 7640, Sección Tribuna, 30 de mayo de 2011, Editorial La Ley, p. 3.

[8] DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., Problemas procesales vinculados a la fase intermedia...., p. 7.

Ahora bien, tras la reforma de la Lecrim operada por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica relativa a los plazos de instrucción y la posibilidad de practicar diligencias complementarias se derivan una serie de consecuencias.

> Establece el art. 324.4.Lecrim *" Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.*
>
> *5. Cuando el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de la facultad que les confiere el apartado anterior, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta ley".*

En efecto, el número 5 del artículo 324 establece una importante consecuencia del no uso de la facultad prevista en el número 4 que es que no se podrá pedir, en el procedimiento abreviado, la práctica de aquellas diligencias que considere indispensables para formular acusación, prevista en el artículo 780. Ello obliga al Fiscal a estudiar la causa antes del transcurso de los plazos previstos para su instrucción, a fin de pedir la prórroga excepcional del número 4 del artículo 324 si no se han practicado aquellas diligencias que considere indispensables para formular acusación. Ahora bien, puede ocurrir que el Juez, conforme al número 6, dicte la resolución prevista en el art. 780 antes de que transcurran los plazos máximos de instrucción y antes de que el Fiscal haya podido pedir la prórroga extraordinaria prevista en el número 5 del art. 324, cogiéndole "por sorpresa" la decisión del Juez instructor. En este caso, el Fiscal podrá recurrir el auto previsto en el art. 780 y argumentar que el mismo debe ser revocado bien para la práctica de las diligencias indispensables, si está dentro del plazo máximo de instrucción, bien para la petición de prórroga extraordinaria del número 4 del art. 324. Es decir, que la prohibición de interesar nuevas diligencias en la fase intermedia, a que se refiere el número 5 del art. 324, solo tendrá efecto si han transcurrido los plazos máximos de instrucción y el Fiscal no ha interesado la prórroga extraordinaria del número 4. Mientras que, si no ha transcurrido el plazo máximo, sí que podrá interesar

las diligencias complementarias del art780. Por otro lado, si transcurrido el plazo extraordinario previsto en el número 4, el Fiscal entiende que deben practicarse nuevas diligencias, parece que la intención del legislador es permitir al Fiscal y a las partes personadas que soliciten las diligencias complementarias previstas en el art. 780, pues únicamente veda dicha posibilidad para los casos en los que no se pidió la prórroga extraordinaria. Así lo entiende la Circular 5/2015 de la Fiscalia General del Estado, al considerar que "Debe entenderse que cuando se acuerdan diligencias complementarias, éstas no tendrán la consideración de diligencias de instrucción a los efectos de los límites temporales del art. 324 y, por tanto, una vez solicitadas por el Fiscal y acordadas por el Juez tendrán plena validez y surtirán todos sus efectos, pues por su propia naturaleza son diligencias que se solicitan y acuerdan una vez concluida la instrucción. Además, en tanto el art. 324 nada establece al respecto, queda indemne la previsión del art. 780.2 que obliga al instructor a practicar estas diligencias cuando quien las solicita es el Fiscal, previsión cuya constitucionalidad ha sido avalada por el ATC nº 32/2009, de 27 de enero. No obstante, y dado el control de la instrucción y sus plazos que el nuevo art. 324 impone al Fiscal y el reforzamiento de su papel en el impulso del procedimiento, el recurso a la petición de las diligencias complementarias tendrá carácter excepcional y circunscribirse exclusivamente a aquellas diligencias que el Fiscal no pudo solicitar en el momento en que instó la fijación del plazo máximo"[9].

IV. POSIBILIDAD DE NUEVAS IMPUTACIONES COMO DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS.

Las diligencias complementarias se encuentran reguladas en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, tras el dictado de auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras pueden interesar, conforme al artículo 780.1 de la Ley procesal, tres clases de actuaciones: a) apertura de juicio oral, formulando escrito de acusación; b) el sobreseimiento de la causa y c) **excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias**. Diligencias que se encuentran reguladas en el apartado segundo del mismo precepto, conforme al cual "*Cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica de*

[9] www.Fiscal.es, Circular 5/2015, de 13 de noviembre de 2015, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, p. 15-18.

aquellas diligencias indispensables para formular acusación, en cuyo caso acordará el Juez lo solicitado.

El Juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas.

En todo caso se citará para su práctica al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y siempre al encausado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones."

La finalidad de las diligencias complementarias es la establecida en el artículo 780.2 Lecrim y consiste en suplir la ausencia de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, y, por ello, para formular acusación. En definitiva, se trata de actuaciones complementarias excepcionales y de un objeto muy limitado, sin que puedan entenderse como una ampliación de la instrucción, que ya fue clausurada por el Auto de Procedimiento Abreviado.

Las diligencias complementarias, por tanto, tienen una serie de límites objetivos y subjetivos: los primeros son los ya expuestos: se trata de diligencias indispensables para formular acusación en el ámbito delimitado por el Auto de Procedimiento Abreviado; los límites subjetivos son también consecuencia del Auto de Procedimiento Abreviado: las diligencias complementarias no pueden suponer nuevas imputaciones.

En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 5ª) de 4 de marzo de 2004 declara: "En definitiva, se perciben varios límites a tales diligencias; uno, derivado de la propia literalidad del precepto, pues sólo admite la práctica de diligencias que sean indispensables para formular acusación, luego no habrá que admitir las que no sean indispensables para formular acusación; otro, que aunque no sea objeto de debate sirve para reforzar la tesis que se expone, relacionado con la posición del imputado, pues no puede olvidarse que el precedente auto de transformación del procedimiento además de concluir la instrucción -y si se estima incompleta debe recurrirse- "es la última pieza en el sistema de garantías de la efectiva defensa del imputado", como ha entendido la doctrina al analizar la referida STC 186/1990 EDJ 1990/10428, de manera que no caben nuevas imputaciones, ni objetivas ni subjetivas.

El Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia nº186/1990, de 15 de noviembre de 1990, se pronunció sobre el carácter excepcional de las diligencias complementarias, dispuso lo siguiente: " En primer término, la posibilidad de solicitar el sobreseimiento por parte del Ministerio Fiscal y de las acusaciones personadas no es

sino consecuencia lógica de la propia finalidad del trámite conferido: formular acusación o, en caso contrario (es decir, cuando el Ministerio Fiscal estime infundada la pretensión punitiva), solicitar el sobreseimiento que corresponda. En segundo término, la admisibilidad de las diligencias complementarias es excepcional (art. 790.1) y queda limitada, exclusivamente, a los supuestos de imposibilidad de formular acusación "por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos" (art. 790.2). Es evidente, por tanto, que dichas diligencias complementarias sólo serán admisibles si dentro de la acusación, resulta imposible concretar los elementos del tipo penal. Y aunque las mismas tengan naturaleza instructora, ello no quiere decir que, por esta vía excepcional, la Ley autorice a las acusaciones a completar o ampliar la totalidad de la instrucción previa sin intervención del imputado, toda vez que la revisión del material instructorio se vincula sólo a la tipificación de los hechos y la Ley ordena expresamente -art.790.2 pfo 3º- que para la práctica de estas diligencias excepcionales se citará al Ministerio Fiscal, a las partes personadas "y siempre al imputado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones".

En la Circular 1/2003, de 7 de abril, de la Fiscalia, acordada sobre el procedimiento de enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y modificación del procedimiento abreviado, se recoge en el apartado B) "Contenido del auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado", del apartado 1. "Fortalecimiento de las garantías del imputado":

"Las partes estarán vinculadas, a la hora de formular sus escritos de acusación, por la determinación de las personas imputadas que haya hecho en este auto el Juez de Instrucción, y no podrán dirigir su acusación contra personas distintas de las expresamente mencionadas en el mismo.

Todo lo anterior exige una especial vigilancia por parte del Ministerio Público, cuando se le notifique la resolución prevista en el artículo 779.1.4ª Lecrim, a la que de ninguna manera cabe considerar como de mero trámite. Si el Fiscal observa que no incluye determinados hechos o determinadas personas respecto de las cuales considera que debe formular acusación, deberá recurrir el auto. No es óbice para ello que dicho recurso no esté contemplado expresamente en la Lecrim, ni que su artículo 779.2 mencione únicamente el recurso que cabe contra las resoluciones contenidas en las previsiones 1ª a 3ª del artículo 779.1 Lecrim. Basta con que no esté expresamente excluido el recurso para que sea aplicable el régimen de recursos previsto en el artículo

766 Lecrim contra los autos del Juez de Instrucción.

La práctica de diligencias complementarias, previstas en el artículo 780.2 Lecrim, no es un cauce apropiado para extender la acusación a personas distintas de las expresamente consignadas en el auto de traslado para calificación. No se puede, por tanto, pedir como diligencia complementaria la declaración en calidad de imputado de quien no ha declarado en esta condición con anterioridad, y en consecuencia no ha podido ser incluido como imputado en el citado auto. En el caso descrito, lo procedente será –como se ha indicado anteriormente- recurrir el auto interesando que se reabran las diligencias previas, se reciba declaración como imputado a la persona contra la que se va a dirigir la acusación, y se dicte a continuación nuevo auto de traslado para formular acusación.

Asimismo, en el hipotético caso de que –como consecuencia de la práctica de diligencias complementarias- aparezcan nuevas personas a las que se quiera extender la imputación, será preciso instar un auto ampliatorio de la resolución prevista en el artículo 779.1.4ª Lecrim, previa declaración de dichas personas en calidad de imputados."

La cuestión a analizar es si una vez dictado el auto de conclusión de diligencias previas y ordenación de la continuación del procedimiento por el trámite de preparación del juicio oral del Capítulo IV del Título II del Libro IV Lecrim, esto es el auto de incoación de procedimiento abreviado, cabe o no, dentro de la fase de preparación del juicio oral y por la vía de las diligencias del artículo 780.2 Lecrim traer al procedimiento como investigado a quien en fase de diligencias previas no se le ha dotado de esa condición.

En la fase de diligencias previas (la de imputación), por ser en ella en la que el investigado puede desplegar todos los medios de defensa a su alcance, si el Juez de Instrucción no llama en esa fase a persona concreta como investigado, ni tampoco las acusaciones, al dictarse el auto de conclusión en esa fase y de ordenación de continuación por el trámite de preparación del juicio oral, si aquéllas entienden que hay personas partícipes en el hecho delictivo investigado a los que no se ha dotado de la condición de investigados, deben inexcusablemente, recurrir dicho auto. Si no lo hacen, están conformándose, admiten la corrección de los términos de la extensión de la imputación subjetiva y están renunciando a la posibilidad de formular acusación contra personas distintas.

Teniendo en cuenta los criterios anteriormente expuestos, no puede admitirse como diligencia complementaria la declaración en calidad de investigado a quién a lo largo de la instrucción no se le ha citado en esa calidad, al no ajustarse a los límites objetivos y subjetivos del Auto de Incoación de Procedimiento Abreviado y no tratarse de diligencias indispensables para formular acusación, por cuanto suponen una ampliación de la instrucción con la finalidad expresa de buscar nuevos responsables más allá de aquéllos contra quienes se dirige el Procedimiento Abreviado. Pues interesar la declaración como investigado en la fase de diligencias complementarias (diligencias que la ley concede para reforzar el fundamento de una imputación ya efectuada, al objeto de convertir con la mayor solidez posible al investigado en acusado) no es admisible. Pues si ya se está en funciones de preparar el juicio oral, acordar ahora la declaración al nuevo presunto investigado sin retrotraer el procedimiento, no podría dicho investigado usar de los derechos de instrucción en la investigación y proposición de nuevas diligencias de investigación que la ley concede a todo investigado, pues en la fase del artículo 780.2 Lecrim no se pueden practicar pruebas de defensa.

En consecuencia, pretender la imputación de otra persona en fase preparatoria, tras la firmeza del auto de transformación a procedimiento abreviado, no procede, y lo cierto es que en modo alguno las diligencias complementarias pueden tener dicha virtualidad. No cabe, mediante la práctica de determinadas diligencias, la ampliación subjetiva del proceso a persona que previamente no ha sido imputada.

BIBLIOGRAFÍA

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., Problemas procesales vinculados a la fase intermedia. Reformas procesales y sustantivas en el ámbito penal. Cuadernos Digitales de Formación, núm. 2, 2014, Consejo General del Poder Judicial.

EDJ 1990/10428 Tribunal Constitucional Pleno, S 15-11-1990, nº 186/1990, BOE 289/1990, de 3 de diciembre de 1990, rec. 1914/1990. Pte: Gimeno Sendra, Vicente.

CARRETERO SÁNCHEZ, A., La regulación de las diligencias complementarias en el procedimiento abreviado: visión crítica. Diario La Ley, núm. 7640, Sección Tribuna, 30 de mayo de 2011, Editorial La Ley.

EDJ 2006/98750 Tribunal Supremo Sala Segunda, S 29-06-2006, nº 740/2006, rec. 1553/2005. Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel.

ALLUÉ FUENTES, ALFONSO y DE LA FUENTE HONRUBIA, FERNANDO. La motivación y contenido del auto por el que se acuerda la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Perspectiva jurisprudencial. Revista Jueces para la Democracia. Boletín de la Comisión Penal. Número 5-2013.

HERNANDEZ GARCÍA, J., La fase intermedia en el procedimiento abreviado: su incidencia en el juicio oral, del auto de incoación del procedimiento abreviado al auto de apertura de juicio oral, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 32, 2013, Consejo General del Poder Judicial.

www.Fiscal.es, Circular 5/2015, de 13 de noviembre de 2015, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, pp. 15-18.

* * * * * *

3. Recensiones

Recensión de ABEL SOUTO, Miguel[1], La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 170 páginas.

~Daniel González Uriel~
Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 11-Refuerzo de Bilbao.

La monografía objeto de recensión se presenta con encuadernación rústica y tiene la portada genérica de la colección Los Delitos de la editorial Tirant lo Blanch. Consta de 170 páginas que se estructuran en 12 capítulos.

Miguel ABEL SOUTO es Catedrático acr. de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela y Director de la *Revista Cuatrimestral Europea sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Se licenció en la facultad compostelana en 1992, con la calificación de sobresaliente y fue galardonado con los premios extraordinarios fin de carrera y de doctorado. Ha llevado a cabo estancias investigadoras durante más de un año en Alemania, tanto en el *Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht* como en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internacionales Strafrecht*. Es autor de varias monografías, colaboraciones en obras colectivas, así como de numerosos artículos doctrinales. Además, cabe destacar que su actividad docente ha sido reconocida en los II Premios a la Innovación Educativa en la Universidad 2002.

Esta obra analiza pormenorizadamente el régimen jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena tras la modificación operada en el texto punitivo por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo. Casi todos sus capítulos tienen unas dimensiones similares, pero destacan, por su relevancia cuantitativa y cualitativa, los Capítulos IX y X, relativos a los requisitos de la suspensión y a la suspensión sustitutiva, respectivamente.

En el introductorio Capítulo I, ABEL SOUTO apunta algunos de los aspectos esenciales de la modificación operada en el texto punitivo por la LO 1/2015. Describe

[1] El Prof. Dr. Miguel ABEL SOUTO es Catedrático acr. de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela y Director de la Revista Cuatrimestral Europea sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, así como socio de la FICP y miembro del Consejo Internacional Científico y de Redacción de Libertas.

que tal reforma conlleva la destrucción de los sustitutivos penales y destaca algunos de sus rasgos esenciales: i) se introduce la peligrosidad como criterio básico, ii) se amplía la discrecionalidad judicial, iii) se sobrecargan las reglas de conducta, iv) se cuadruplican las causas de revocación, v) se opera la discutible equiparación entre suspensión y sustitución, y vi) se produce la pérdida del tiempo cumplido en libertad condicional si ésta se revoca. Así, la libertad condicional ha sido fagocitada por el régimen de la suspensión y se ha alterado su naturaleza de forma de cumplimiento de la pena, con una indebida generalización del régimen de excepción aplicable a los casos de terrorismo. Critica la inserción de la sustitución en la suspensión, lo que produce una unificación de regímenes jurídicos, que define como "una muestra de populismo punitivo" y subraya la incoherencia del preámbulo de la reforma con la rúbrica del texto articulado, que hace referencia a "formas sustitutivas", cuando debería aludir simplemente a "suspensión".

En el Capítulo II expone una visión pesimista ante el "renacimiento del punitivismo". En su opinión, deberían incrementarse las medidas alternativas a la pena de prisión, ya que ningún estudio ha demostrado una relación positiva entre la prisión y el control delictivo. En dicho contexto manifiesta que la LO 1/2015 muestra un "protagonismo absoluto de la prisión". Enumera varios argumentos en los que fundar la crisis e inutilidad de las penas cortas privativas de libertad: el Derecho Penal como *ultima ratio*, la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y el principio de intervención mínima. Sin embargo, valora positivamente la introducción por la LO 1/2015 del principio de oportunidad en el artículo (art.) 963.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que otorga un mayor margen de apreciación al Ministerio Fiscal.

La diferencia entre las dos modalidades históricas de suspensión condicional se efectúa en el Capítulo III: la *probation* anglosajona y el *sursis* franco-belga. La *probation* declara la culpabilidad, pero no se pronuncia sobre la pena, con lo que el pronunciamiento queda suspendido a condición de que se supere un período de prueba con ciertos deberes y bajo vigilancia. El *sursis* conlleva un pronunciamiento de pena con suspensión del cumplimiento durante un plazo de prueba, sin imposición de deberes ni de control. No obstante, las discrepancias entre ambas figuras perdieron consistencia y han confluido en una simbiosis. Califica como *probation* la suspensión recogida en el Código Penal (CP) vigente, pero se encuentra infrautilizada la modalidad de prueba, con

una generalización de la suspensión simple. El CP recoge una figura híbrida, en la que se suspende la ejecución de la pena pero no la condena. Además, la reforma incorpora la posibilidad de que se suspenda la pena en la sentencia condenatoria antes de su firmeza. Resalta la involución del avance hacia el sistema probatorio, operada con la reforma del CP de 25 de noviembre de 2003, que eliminó la desaparición de antecedentes en caso de remisión definitiva, y que se ha profundizado en la LO 1/2015 al contemplar plazos más largos para la cancelación de antecedentes penales, incidiendo en los efectos desocializadores.

En el Capítulo IV señala que la suspensión es una alternativa eficaz a las penas de prisión, extendida y consolidada en el Derecho comparado, con fundamento en la prevención especial. Apunta como efectos negativos de las penas de prisión de corta duración que no desempeñan prevención general ni especial, no intimidan ni corrigen, no poseen efecto inocuizante, son costosas en la ejecución, su brevedad imposibilita el tratamiento, no permiten intentar la resocialización, pero son suficientes para el contagio criminógeno, la pérdida laboral o familiar y la estigmatización social. Por otra parte, detalla que el CP de 1995 tuvo significativas aportaciones como la eliminación de la prisión inferior a 6 meses, la introducción del sistema de días-multa, de los trabajos en beneficio de la comunidad, del arresto de fin de semana, la potenciación de la suspensión y la flexibilización del régimen penitenciario, y que muchas de ellas se malograron por la falta de medios y las sucesivas reformas legislativas. En último término, expone que la LO 1/2015 prescinde con carácter general de la localización permanente como sustitutivo.

El Capítulo V concreta la tipología de las penas suspendibles: "las penas privativas de libertad"; además, se amplía la imposición de reglas de conducta, ya que antes de la reforma se limitaba a los casos de prisión. No obstante, manifiesta que sería recomendable extender la suspensión a las penas privativas de derechos, en aras de conseguir una mayor proporcionalidad, ya que la actual regulación provoca situaciones injustas y contradictorias entre penas de distinta naturaleza, como lo revela el hecho de que el art. 40 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores no limita la suspensión a las medidas privativas de libertad. En orden a su duración temporal, las penas susceptibles de suspensión son las "no superiores a 2 años", y considera que dicho lapso es poco ambicioso y excesivamente restrictivo para un modelo rehabilitador, por lo que debería ampliarse hasta 5 años, coincidiendo con las penas

menos graves. También critica que se prescinda de informes de expertos sobre prognosis criminal. Subraya que la suspensión se venía concediendo de forma rutinaria, indiscriminada y automática, pero que últimamente la tendencia ha cambiado en casos sometidos al "escrutinio de la opinión pública", lo que puede provocar una instrumentalización del condenado y un tratamiento distinto que vulnera el derecho a la igualdad y la propia dignidad personal.

El análisis del criterio legal básico para conceder la suspensión se efectúa en el Capítulo VI. El legislador ha suprimido el criterio de "la peligrosidad criminal", que resultaba extraño, ya que se aplicaba un criterio propio de las medidas de seguridad en el ámbito de las penas, y ha sido sustituido por *"que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos"*. Sin embargo, la peligrosidad no ha desaparecido como criterio para acudir a los sustitutivos penales, sino que se ha exasperado la tendencia a introducirla. Así, tras la categoría del riesgo reaparece la peligrosidad, término que sí se recoge en el Preámbulo de la reforma. En último lugar valora negativamente que los jueces no empleen habitualmente métodos criminológicos para evaluar el riesgo y los factores criminógenos, y que solo se conceda la suspensión a delincuentes con bajo riesgo de reincidencia.

En el Capítulo VII se analizan los factores para efectuar el juicio de necesidad de la ejecución, según el 2º párrafo del art. 80.1 CP: i) *las circunstancias del delito*, que no son las agravantes ni las atenuantes, sino que aluden al "contexto del hecho"; ii) *las circunstancias personales*: su arrepentimiento, sus responsabilidades o circunstancias laborales, el tipo de trabajo que desempeña y la expectativa de mantenerlo; iii) *los antecedentes*: se suprimió del CP "la existencia de otros procedimientos". Por antecedentes entiende "una valoración histórica del sujeto de carácter criminológico", por lo que es un concepto no normativo. iv) La *conducta posterior*: se centra en el "esfuerzo para reparar el daño causado", lo que difiere de la satisfacción de la responsabilidad civil. Es una reparación en la medida de la propia capacidad, criterio subjetivo y no necesariamente económico. v) *Circunstancias familiares y sociales*: no se ha previsto la vía para conocerlas, por lo que quedan al albur de las respuestas del condenado. vi) *Los efectos que se esperan de la suspensión y del cumplimiento de las medidas impuestas*: la amenaza de ejecutar la pena privativa de libertad puede conseguir

que el sujeto no vuelva a delinquir y las prohibiciones y deberes pueden ser el mejor modo de resocializar.

Los plazos de suspensión se recogen en el art. 81 CP y se detallan en el Capítulo VIII. Dichos plazos son: de 2 a 5 años para las penas no superiores a 2 años –se corrige la anterior discordancia que aludía a "penas inferiores a 2 años"-, y de 3 meses a 1 año para las penas leves –privativas de libertad-, lo que evita un período de prueba excesivamente largo para hechos poco significativos. Los criterios para fijar el plazo de suspensión eran las circunstancias del sujeto, las características del hecho y la duración de la pena, pero ahora el CP se remite a los parámetros generales que se valoran en su concesión, con lo que prescinde de la duración de la pena. Además, se ha trasladado el contenido del art. 87.3 CP –duración en caso de sujetos que cometiesen el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias del art. 20.2º CP- al art. 81 CP, con un plazo de 3 a 5 años. No obstante, en la prórroga del régimen general se pueden alcanzar los 7 años y medio (art. 86.2 CP), mientras que en el caso especial el máximo son 7 años (art. 87.2 CP). Estima ABEL que debería incluirse en el régimen general, lo que permitiría períodos de prueba inferiores a 3 años, teniendo en cuenta las rebajas penológicas en materia de drogas. El plazo de suspensión en penados con enfermedades muy graves con padecimientos incurables dura en tanto que persiste la situación que motivó su concesión.

Los requisitos de la suspensión se estudian en el Capítulo IX, que analiza el art. 80.2 CP. i) *Delincuencia primaria*: concepto jurídico, que no impide ni los delitos imprudentes, leves, ni los antecedentes cancelados, ni los "antecedentes penales irrelevantes para valorar la probabilidad de que se vuelva a delinquir". Se atiende al momento de comisión del hecho que motiva la condena. Según el art. 94 bis CP, también se tienen en cuenta los delitos enjuiciados en otros países de la Unión Europea (UE). Considera que este requisito es contradictorio, innecesario, perturbador y que desatiende la prevención especial. ii) *Penas no superiores a 2 años*: las sanciones impuestas, las concretas penas tras su individualización; rige sin perjuicio de los otros apartados del art. 80 CP. Se excluye del cómputo la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de multa, pero el CP no ha excluido la localización permanente. iii) *Satisfacción de responsabilidades civiles y efectivo decomiso*: se basa en razones de política criminal. El art. 801.3 LECrim recogía que en los juicios rápidos era suficiente el compromiso de pago para suspender la condena, sin base legal en el CP; ahora el CP

recoge dicho compromiso, en "el plazo prudencial que el juez o tribunal determine". El decomiso tiene naturaleza real y se enmarca en las directrices de la UE, que admiten el decomiso ampliado y sin condena, desbordando el carácter de consecuencia del delito. Se elimina la excepción por declaración de insolvencia, lo que puede conllevar discriminación por motivos económicos. Se regula un régimen especial de suspensión en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el art. 308 bis, y considera ABEL que debería derogarse, ya que se erige en causa legal excluyente el suministro de información inexacta o insuficiente, que en el régimen general es motivo de revocación, por lo que se endurece el acceso a la suspensión. iv) *Audiencia previa del ofendido en delitos perseguibles a instancia de parte*: se establece en el art. 80.6 CP y defiende que debería suprimirse, ya que el principio contradictorio aparece de forma más extensa en el art. 82 CP.

El Capítulo X se centra en la suspensión sustitutiva, regulada en el artículo 80.3 CP, que permite sustituir la prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, en el supuesto de delincuentes con antecedentes que no sean reos habituales. La suma de las penas impuestas puede exceder los 2 años y se condiciona a la reparación efectiva, a la indemnización o al cumplimiento del acuerdo de mediación. Se valoran los siguientes requisitos: i) *las circunstancias personales del reo*: es un juicio de peligrosidad, por lo que se echa en falta el informe psicosocial; ii) *la naturaleza del hecho*: atiende al bien jurídico protegido, la clase de delito y el *modus operandi*; iii) *la conducta*: el comportamiento del reo para con la Administración de Justicia posterior al hecho delictivo; iv) *el esfuerzo para reparar el daño*: entraña un reconocimiento de la autoría, implica menor necesidad de pena y posee gran capacidad de rehabilitación. Critica que en esta modalidad baste para el esfuerzo reparador cumplir con el acuerdo de mediación y que ello no se prevea en la sustitución ordinaria. v) *La no habitualidad*: requisito contrario a la prevención especial puesto que ya se han tenido en cuenta las "circunstancias personales del reo", además, se produce una remisión al suprimido art. 88 CP. Se configura como excepcional la suspensión sustitutiva, cuando debería generalizarse su adopción. La duración máxima de cada pena de prisión es de 2 años, que debería ampliarse a 3, con un aumento del catálogo de penas sustitutivas. Cabe esta suspensión aunque la suma de las penas exceda de 2 años, lo que no sucede en la suspensión ordinaria. Destaca que en el anterior art. 88 CP existían discordancias en el canon de conversión en la sustitución extraordinaria (hasta 2 años de prisión); ahora se

remite al art. 84 CP, y el autor considera que dicha regulación atenta contra la seguridad jurídica y vulnera el principio de proporcionalidad. Reprocha que el legislador oculta una ilegítima acumulación de sanciones denominando "medidas" a la multa y a los trabajos en beneficio de la comunidad. El art. 80.3 CP no alude a la posibilidad de imponer reglas de conducta, pero sí se pueden imponer, al ser una especie del género suspensión. No existen normas sobre módulos de conversión en caso de revocación, pero la doctrina entiende que deben aplicarse los mismos que para su adopción, en sentido inverso. No surge quebrantamiento de condena, sino que se vuelve a la ejecución de la pena principal. La comisión de un delito no significa automáticamente revocación, pero ello se anuda a la desaparición de las faltas, cuya comisión no provocaba la revocación.

El capítulo XI describe el régimen especial en caso de violencia sexista. Censura ABEL dicha especialidad en la regulación anterior, señalando la asimetría provocada por la imposición de requisitos adicionales. La LO 1/2015 suprime la expresión "violencia de género", pero mantiene en el art. 83.2 la exigencia de ciertas reglas de conducta obligatorias; acaba con la revocación de la suspensión por cualquier incumplimiento de las prohibiciones impuestas, elimina la posibilidad de sustituir por localización permanente y permite en el art 84.2 CP la sustitución por multa "cuando la víctima no dependa económicamente del penado". Además, se amplían las reglas de conducta imponibles, con lo que se presume una peligrosidad, se desatiende la prevención especial y se genera un riesgo de no atender a las necesidades concretas de víctima y agresor.

El Capítulo XII contiene una serie de propuestas *de lege ferenda*. ABEL SOUTO entiende que en España se abusa de la prisión y que el reto es reducir a la mitad la tasa de encarcelamiento. La reforma, a su juicio, empeora el sistema anterior, conduce a su minoritaria aplicación y es responsable de que la prisión constituya casi el único recurso. Por ello propone: i) que se amplíen las posibilidades de suspensión y de sustitución mediante el retorno a una clara delimitación entre ambas; ii) la elevación del límite máximo para sustituir a 3 años; iii) la no exclusión en ningún caso por habitualidad de la imposición de una pena alternativa; iv) el incremento del catálogo de sustitutivos penales; v) la exigencia de informes psicosociales; vi) la recuperación de la localización permanente como sustitutivo; vii) la eliminación del régimen especial de violencia sexista; viii) la supresión de las indeterminadas posibilidades de revocación;

ix) el retorno a la clásica concepción de la libertad condicional como forma de cumplimiento de la pena.

Una vez que hemos expuesto el contenido de la obra, procede efectuar su valoración. La monografía es de fácil lectura, muy completa, con una prosa muy cuidada y metodológicamente impecable. Analiza todos y cada uno de los aspectos relevantes de la reforma a la luz de las principales aportaciones doctrinales, tomando en consideración los trabajos preparatorios de la ley, el contenido de la legislación anterior, las resoluciones judiciales más relevantes en este campo, los informes del CGPJ y las circulares de la Fiscalía General del Estado. En cuanto a su contenido podemos subrayar que el profesor ABEL SOUTO es minucioso, preciso, concreto y exhaustivo. Proporciona todos los elementos de juicio sobre la institución de la suspensión, los disecciona y ofrece al lector una mirada crítica sobre cada aspecto que se preste a diversos entendimientos. No obstante, no es una mera visión pesimista; antes al contrario, resulta una crítica constructiva y acertada: resalta los aspectos positivos que se han introducido en el texto punitivo, pero subraya lo esencial, la insuficiencia de la reforma y la necesidad de un nuevo rumbo en la política criminal. Comparto plenamente la interpretación efectuada y la conveniencia de que se instaure un nuevo paradigma en los sustitutivos penales: su decidida potenciación, implementada con medios materiales y personales. Si de verdad se pretende que la prevención especial sea el fin esencial de la pena, debe existir una política criminal que apueste de una forma decidida por la generalización de los sistemas sustitutivos y que la pena de prisión sea, efectivamente, la *ultima ratio* de la *ultima ratio*, cuando no quepan otras posibilidades que previamente han debido ser exploradas, sin que la desidia del legislador o indeseables automatismos judiciales impidan su adopción. Por todo ello recomiendo la lectura de esta obra, de gran utilidad para juristas y para todo el que esté interesado en el conocimiento de las alternativas a la pena de prisión.

* * * * * *

II. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente o ha (co)organizado los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) II Congreso Internacional de la FICP

13-15 de marzo de 2017. Sobre "**Problemas actuales de las ciencias penales**". Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia). Organizado por la FICP y la Univ. de El Rosario y codirigido por los Profs. Dr. Dr. h. c. mult. Luzón Peña (presidente de honor), Dr. Dres. h. c. Díaz y García Conlledo y Dr. Lombana Villalba (patronos).

El Congreso ha sido financiado por la Univ. de El Rosario, Bogotá (Colombia), que además ha puesto su sede, y también por la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal de la Univ. de Extremadura (España). Han colaborado también con alguna financiación las Universidades españolas de Alcalá y de León y las colombianas Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, y Autónoma Latinoamericana (UNAULA), Medellín, así como Hyundai y la Cámara de Comercio de Bogotá.

Las Actas de este II Congreso Internacional de la FICP con las ponencias, los vídeos y las comunicaciones están publicados en Foro FICP 2017-1 y/o en nuestra página web en Actas de Congresos y Seminarios. Las fotos del evento obtenidas hasta el momento se encuentran publicadas en el álbum correspondiente de nuestra Galería de fotos:

Imágenes de la inauguración del II Congreso. En la mesa, de izq. a dcha., los Profs. Dres.

García Amado (patrono de la FICP), Luzón Peña (Presidente de honor de la FICP y codirector del evento), de Vicente Remesal (Presidente de la FICP), Forero Ramírez (Decano de la Facultad de Jurisprudencia), Díaz y García Conlledo y Lombana Villalba (codirectores del II Congreso).

Imágenes del público y de los participantes en el II Congreso Internacional de la FICP: en la imagen superior izq., los Profs. Dres. Basilico, Cervini y Aller. Abajo a la dcha., los Profs. Dres. Cervini, Corcoy, Guzmán Dálbora y Aller.

Imágenes de la mesas 1.ª (compuesta, de izq. a dcha., por el Prof. Gálvez Bermúdez, el Prof. Dr. García Amado, Prof. Escobar Beltrán y la Prof. Dra. Corcoy), 2.ª (de izq. a dcha., los Profs. Dres. Liberatore Bechara, Tavares, el Prof. Tenorio Obando y los Profs. Dres. Aller y Moreno Hernández), 3.ª (de izq. a dcha., por los Profs. Dres. Rodríguez Kennedy, Greco, Vallejo Jiménez, de Vicente Remesal y el Prof. Uribe Barrera) y 4.ª (de izq. a dcha., los

Profs. Dres. Basilico, Sotomayor Acosta, Martínez Sánchez, Modolell González y Olaizola Nogales).

Hotel Bicentenario, lunes 13 de marzo: de izda a dcha, sentados, los Profs. Dres. Guzmán Dálbora, C. Künsemüller, de Luca, Schünemann, Luzón Peña, Aller; y de pie, los Profs. Dres. Moreno Hernández, Corcoy, Greco, Díaz y García Conlledo, Tavares, Vega Gutiérrez, el Prof. Leite y los Profs. Dres. Cervini, Palomino Manchego y el Prof. Gálvez Bermúdez.

(ii) XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

1-2 de junio de 2017. Sobre "**Derecho penal general y de empresa**". Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP. Coordinadores: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez y Profs. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz y Lina M.ª Cardona Cardona. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco (Univ. de León). Ponentes invitados especiales: Profs. Dres. Carlos M. Romeo Casabona (Univs. del País Vasco y de Deusto, Bilbao), Jaime Náquira Riveros (Pontificia Univ. Católica de Chile, Santiago) y Esteban Sola Reche (Univ. de La Laguna). Este seminario ha contado con la financiación de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados. En Actas de Congresos y Seminarios se encuentran disponibles el programa y las Actas del Seminario, con las ponencias y las relaciones de los debates.

Todas las fotos del evento se encuentran disponibles en el álbum correspondiente de nuestra Galería. A continuación se muestra una breve selección:

Arriba a la izq.: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Romeo Casabona (ponente invitado especial), Trapero Barreales (moderadora), Luzón Peña (Presidente de honor de la FICP), de Vicente Remesal (Presidente de la FICP) y Paredes Castañón durante la inauguración del Seminario. Arriba a la dcha.: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Sola Reche (ponente invitado especial), Sanz Morán (moderador), Luzón Peña y de Vicente Remesal.

Imágenes de las ponencias del Prof. Dr. Dr. h. c. de Vicente Remesal (fotos de la izq.), moderado por la Prof. Dra. Pérez Cepeda, y de la Prof. Dra. Roso Cañadillas (fotos de la dcha.), moderada por el Prof. Dr. Sotomayor Acosta.

Imágenes de las ponencias del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo (arriba), moderado por la Prof. Dra. Rueda Martín), y del Prof. Dr. Náquira Riveros, ponente invitado especial (abajo), moderado por el Prof. Dr. Paredes Castañón.

La Prof. Dra. García Mosquera (arriba) durante su ponencia, moderada por el Prof. Dr. Mestre (abajo, izq.).

(iii) Seminarios de docencia e investigación DPE-ULE

El pasado 21 de junio de 2017, a las 12:30 h., tuvo lugar el coloquio "Reflexiones sobre el proceso de paz en Colombia", con la intervención del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. EAFIT (Medellín, Colombia) y patrono de la FICP, D.ª Stephania Serrano Suárez, estudiante de doctorado de la Univ. de Salamanca y socia de la FICP, y D.

Ricardo Escobar Osorio, alumno del Grado en Derecho de la Univ. EAFIT. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Sala de Juntas, Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.

Asimismo, el pasado 26 de junio de 2017, a las 12:00 h., el Prof. Dr. Luis E. Chiesa, Catedrático de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Univ. de Buffalo, Director del Buffalo Criminal Law Center (EE.UU.) y socio de la FICP, impartió su ponencia titulada "El atrincheramiento de patrones de criminalidad: lecciones de un análisis comparado de la complicidad y la tentativa". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Sala de Juntas, Facultad de Derecho de la Univ. de León. León, España.

(iv) XVIII Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.

6 y 7 de julio de 2017. Sobre "**Derecho Penal y garantismo**". Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, respectivamente). Facultad de Derecho, Univ. de León (España).

Este año han sido ponentes invitados el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luigi Ferrajoli (Univ. degli Studi Roma Tre, Italia) y los Profs. Dres. Eduardo Demetrio Crespo (Univ. de Castilla-La Mancha), Jordi Ferrer Beltrán (Univ. de Girona) y Juan Oberto Sotomayor Acosta (Univ. EAFIT, Medellín, Colombia). Este Seminario ha contado con la financiación de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

En Actas de Congresos y Seminarios se encontrarán próximamente disponibles el programa y las Actas del Seminario, con los vídeos de las ponencias y los debates. Actualmente puede consultarse el programa en Eventos anteriores.

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)[1]

(i) Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig, con motivo de su 70.º aniversario el 7 de diciembre

Los próximos **14 y 15 de diciembre de 2017** tendrán lugar las "**Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig"***, Catedrático de Derecho penal de la Univ. de Barcelona y Presidente de Honor de la FICP, con motivo de su 70.º aniversario el 7 de diciembre, en las que se hará entrega al homenajeado del primer ejemplar del Libro Homenaje de parte de sus discípulos, colegas y amigos.

El evento, organizado por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, está dirigido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez*, el Prof. Dr. Queralt Jiménez*, socios de la FICP, y la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo*, patrona de la FICP, todos ellos discípulos del homenajeado.

El programa de las jornadas, en las que participarán numerosos miembros de la FICP, pronunciando la conferencia de cierre el Presidente de Honor de la FICP Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*, se encuentra disponible en nuestra página web en la sección de Noticias de las Ciencias penales. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Univ. Barcelona, Barcelona.

(ii) Obtención de Cátedras de Derecho penal

- El pasado **17 de septiembre de 2017**, la **Prof. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara***, socia de la FICP, ganó por concurso-oposición la plaza de Prof. Titular (Catedrática) de Derecho Penal en la Univ. de São Paulo (Brasil).

- Igualmente, el **Prof. Dr. Luís Greco***, socio de la FICP y Catedrático de la Univ. de Augsburg, ha obtenido y aceptado el ofrecimiento de una Cátedra de Derecho Penal en la Univ. Humboldt de Berlín, de la que tomará posesión el próximo **1 de octubre de 2017**.

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

(iii) Obtención del Doctorado por diversas socias de la FICP

- **26 de mayo de 2017**. Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Acto de defensa de la tesis doctoral de **D.ª Marta Fernández Cabrera***, socia de la FICP, dirigida por los Profs. Dres. Díez Ripollés y García Pérez y titulada "El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos". El tribunal estuvo compuesto por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* (Presidente del tribunal y Presidente de honor de la FICP) y los Profs. Dres. Prieto del Pino (Secretaria del tribunal* y socia de la FICP) y Perron (Vocal).

De izq. a dcha., los Profs. Dres. García Pérez, Perron, Luzón Peña*, la Dra. Fernández Cabrera* y los Profs. Dres. Prieto del Pino* y Díez Ripollés.

La Dra. Fernández Cabrera*, a la izq., durante el acto de defensa de su tesis doctoral. En el tribunal, de izq. a dcha., los Profs. Dres. Perron, Luzón Peña* y Prieto del Pino*.

- **2 de junio de 2017**. Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Acto de defensa de la tesis doctoral de D.ª Carmen Rocío Fernández Díaz*, socia de la FICP, dirigida por los Profs. Dres. Díez Ripollés y García Pérez y titulada "La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa: un estudio del artículo 278 del Código penal". El tribunal estuvo compuesto por los Profs. Dres.

Martínez-Buján Pérez* (Presidente del tribunal y socio de la FICP), Prieto del Pino* (Secretaria del tribunal y socia de la FICP) y Picotti (Vocal).

La Dra. Fernández Díaz*, a la izq., durante el acto de defensa de su tesis doctoral. En el tribunal, de izq. a dcha., los Profs. Dres. Picotti, Martínez-Buján* y Prieto del Pino*.

De izq. a dcha., los Profs. Dres. Martínez-Buján*, Díez Ripollés, la Dra. Fernández Díaz* y los Profs. Dres. Picotti, Muñoz Sánchez, Laurenzo Copello*, García Pérez y Prieto del Pino*.

- **7 de julio de 2017**. Facultad de Derecho de la Universidad de León. Acto de defensa de la tesis doctoral de **D.ª Natalia Torres Cadavid***, socia de la FICP, dirigida por el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* (patrono de la FICP) y titulada "Problemas de los delitos contra la Haciencia Pública. En particular, la responsabilidad penal del asesor fiscal". El tribunal estuvo compuesto por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* (Presidente del tribunal y Presidente de honor de la FICP) y los Profs. Dres. Martínez-Buján* (Secretario del tribunal y socio de la FICP) y Sotomayor Acosta* (Vocal y patrono de la FICP).

La Dra. Torres Cadavid*, a la dcha., durante la defensa de su tesis doctoral. En el

tribunal, de izq. a dcha., los Profs. Dres. Martínez-Buján*, Luzón Peña* y Sotomayor Acosta*.

La Dra. Torres Cadavid*, a la dcha., durante la defensa de su tesis doctoral. En el público, de pie, el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo*.

- **7 de septiembre de 2017.** Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Acto de defensa de la tesis doctoral de **D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz***, socia y coordinadora de la FICP, codirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* (Presidente de honor de la FICP) y la Prof. Dra. Roso Cañadillas* (patrona de la FICP) y titulada "Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales". El tribunal estuvo compuesto por el Prof. Dr. Dr. h.c. de Vicente Remesal* (Presidente del tribunal y Presidente de la FICP) y los Profs. Dres. Mestre Delgado (Secretario del tribunal) y Greco* (Vocal y socio de la FICP).

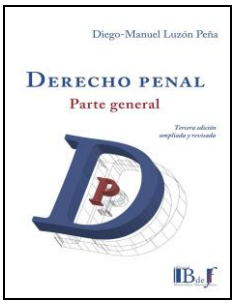
De izq. a dcha., los Profs. Dres. Mestre Delgado, de Vicente Remesal*. Greco*, la Dra. Pérez-Sauquillo* y los Profs. Dres. Roso Cañadillas* y Luzón Peña*

De izq. a dcha., los Profs. Dres. Paredes Castañón* (patrono de la FICP), Greco*, de Vicente Remesal*, la Dra. Pérez-Sauquillo y los Profs. Dres. Luzón Peña*, Roso Cañadillas* y Mestre Delgado.

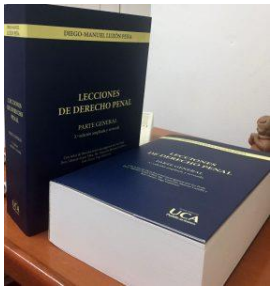
2. Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP

(i) Patronos (con asterisco los patronos):

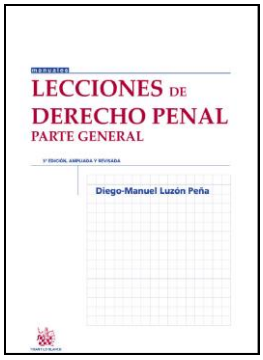
- Vicente Remesal, Javier de*/García Mosquera, Marta, Comercialización de vieiras contaminadas: algunos aspectos esenciales del fraude alimentario, Revista Penal, México, 8, 2015, pp. 193-213.
- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, Revista de Derecho, Perú, 10, 2016, pp. 49-78.
- Vicente Remesal, Javier de*, Fines de la pena e inhabilitación profesional: su relevancia para la inhabilitación profesional médica, en: Loureiro, J./Dias Pereira, A./Barbosa, C. (coords.), Dereito da Saúde. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Volume 3. Segurança do paciente e consentimiento informado, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 95-133.
- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional, Actualidad Penal, Perú, 31, 2017, pp. 97-123.
- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, Revista Penal, 39, 2017, pp. 50-65.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2016.



- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa*, M.ª Asunción Moreno Castillo* y José-Zamyr Vega Gutiérrez, Managua, UCA Publicaciones, 2017.



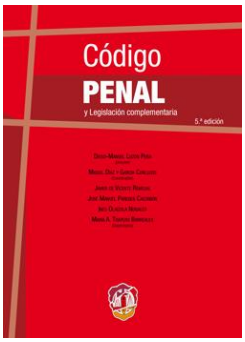
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Libertad y culpabilidad, Publicaciones de la Universidad José Carlos Mariátegui. Arequipa, Perú, Edics. Pangea, 2016.

- Luzón Peña, Diego-Manuel* (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales,

Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 5.ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid. Madrid, Reus, 2017.

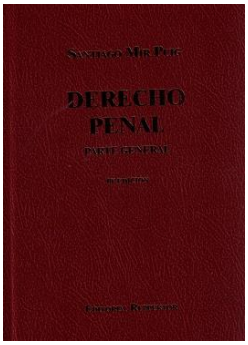


- Luzón Peña, Diego-M.*, Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, Libertas, 6, 2017, pp. 145-272.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Lemas (voces) de Teoría general del delito (todas salvo codelincuencia, iter criminis y concurso). En total 210 voces o lemas extensos, y además 570 voces de remisión, en: Diccionario del Español Jurídico (dir. S. Muñoz Machado), Madrid, Real Academia Española/Consejo General Poder Judicial, 2016.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Gleichwertigkeit der Unterlassung mit der Begehung: Schaffung oder Erhöhung der Gefahr durch die Unterlassung. Eine Skizze, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016-5: Nº especial: Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, pp. 275-283.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Libertad, culpabilidad y neurociencias, AdC: Anatomia do Crime 3, 2016; Univ. de Lisboa, pp. 57-86.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, Libertas, 4, 2016 (wwww.ficp.es), pp. 95-116.
- Luzón Peña, Diego-M.*, 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 (versión con precisiones), Actualidad Penal 27 2016, Lima, Inst, Pacífico, pp. 133-159.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, en: Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo, Madrid, Ed. Univ. Ramón Areces, 2016, pp. 243-262. .
- Luzón Peña, Diego-M.*, Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades, en: Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en Homenaje al Prof. Emilio

Octavio de Toledo y Ubieto, Madrid, Serv. Publicacs. Fac. Derecho Univ. Complut. Madrid, 2016, pp. 669-682.

- Luzón Peña, Diego-M.*, en: Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (nº extraord. de diciembre: versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5): Equivalencia de la omisión a la comisión: creación o aumento del peligro por la omisión misma en la comisión por omisión. Un esbozo, pp. 83-94; y traducción junto con Miguel Díaz del artículo inicial de J. Wolter, Claus Roxin y Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), pp. 10-16.

- Mir Puig, Santiago*, Derecho Penal, Parte General, con la colaboración de Gómez Martín, Víctor*/Valiente Iváñez, Vicente, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016.

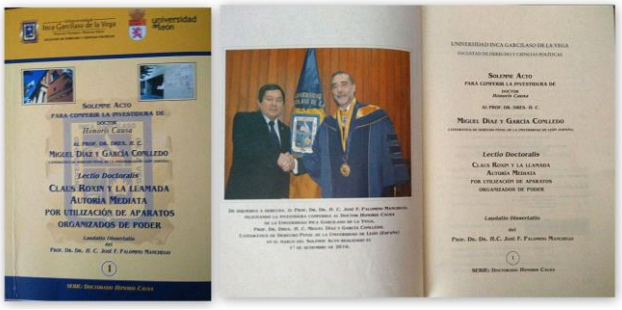


- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Mir Puig, Santiago* (dirs.), Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina/Cardenal Montraveta, Sergi/Gallego Soler, J.I./Gómez Martín, Víctor*/Santana Vega, Dulce/Fernández Bautista, Silvia/Carpio Briz, David/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.), Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. Entre los autores se encuentran, además de los directores, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig* y algunos socios de la FICP.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Claus Roxin y la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, Cercado de Lima, Univ. Inca Garcilaso de la Vega, 2017.



- Díaz y García Conlledo, Miguel (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo, y artículos de J. Wolter*, K. Ambos*/E. Malarino, M. Cancio Meliá, M. Díaz y García Conlledo, L. Greco*, C. Jäger, D.-M. Luzón Peña, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann*, J.M. Silva Sánchez* y M. Zöller.

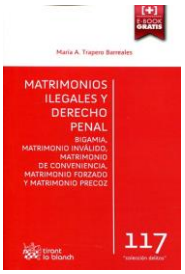
- Díaz y García Conlledo, Miguel* (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 6, 2017 (julio).

- Durán Seco, Isabel*, El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo), La Ley Penal, 123, 2016.

- Cuerda Arnau, Mª Luisa/García Amado, Juan Antonio* (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 88, 2017 (accesible aquí).

- Trapero Barreales, María A., Matrimonios ilegales y Derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



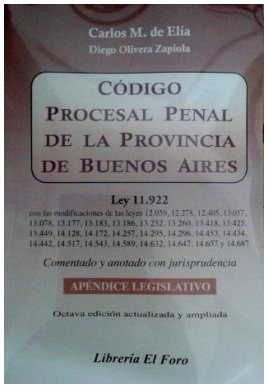
(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Acale Sánchez, María*, La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.

- Alpaca Pérez, Alfredo*, El delito de defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos en la legislación penal peruana, Libertas, 6, 2017, pp. 9-52.

- Álvarez García, Francisco Javier* (dir), Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli/ Ventura Püschel, Arturo (Coords.), Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. T.IV: Delitos contra la Constitución, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Álvarez García, Francisco Javier*, Código Penal y Ley Penal del Menor, 24.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Agustina Sanllehí, José Ramón*, Derecho, sanción y justicia penal, Buenos Aires/Montevideo, B de f, 2017.
- Bajo Fernández, Miguel*/ Feijóo Sánchez, Bernardo*/ Gómez-Jara Díez, Carlos, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Basilico, Ricardo Ángel*, Inspecciones judiciales sobre personas. ADN y sistema procesal penal argentino, Libertas, 6, 2017, pp. 53-71.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio***,** Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. T.VI: Derecho penitenciario, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Boix Reig, Javier*, Derecho penal. Parte Especial. Vol I: La protección penal de los intereses jurídicos personales, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina*/Cardenal Montraveta, Sergi*/Gallego Soler, J.I.*/Gómez Martín, Víctor/Santana Vega, Dulce*/Fernández Bautista, Silvia*/Carpio Briz, David*/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/ Díaz Morgado, C. (coord.)/Mir Puig, S./Bolea Bardon, C.* /Gallego Soler, J.I.*/Santana Vega, Dulce M.ª*/Joshi Ubert, U./Hortal Ibarra, J.C.*/Fernández Bautista, S.*/Carpio Briz, D.*/ Vera Sánchez, J.S./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Cuerda Arnau, Mª Luisa*/ García Amado, Juan Antonio (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Delgado Gil, Andrés*, Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo*/ González-Cuéllar Serrano, N. (Dirs.), Halcones y palomas, corrupción y delincuencia económica, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2016.

- Demetrio Crespo, Eduardo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Díaz y García Conlledo, Miguel (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo, y artículos de J. Wolter*, K. Ambos*/E. Malarino, M. Cancio Meliá, M. Díaz y García Conlledo, L. Greco*, C. Jäger, D.-M. Luzón Peña, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann*, J.M. Silva Sánchez* y M. Zöller.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso del hurto hiperagravado por multireincidencia, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Sentencia Caso Atutxa, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso stalking o delito de acoso del artículo 172 ter CP/2015, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Messi. Delito defraudación tributaria, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- de Elía, Carlos M./Olivera Zapiola, Diego*, Codigo Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, 8.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Rodamillans, 2017.



- Estrada Cuadras, Albert*, Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales, Atelier, 2016.
- Faraldo Cabana, Patricia*, Los delitos leves, causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Orden socioeconómico y delito, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, El delito corporativo en el Código Penal español, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Fernández Bermejo, Daniel*, Derecho penitenciario, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.

- Fernández Bermejo, Daniel*/ Cámara Arroyo, Sergio*, La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario, Aranzadi, 2016.
- Fernández Teruelo, Javier G.*, La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: algunos apuntes relativos a la naturaleza jurídica del modelo (autorresponsabilidad versus heterorresponsabilidad), Libertas, 6, 2017, pp. 72-96.
- García Mosquera, Marta*/Vicente Remesal, Javier de, Comercialización de vieiras contaminadas: algunos aspectos esenciales del fraude alimentario, Revista Penal, México, 8, 2015, pp. 193-213.
- García Mosquera, Marta*, Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales, Revista Penal, 40, 2017, pp. 97-110.
- González Cussac, José L.*, Derecho penal. Parte Especial, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Greco, Luís*, Dolo sin voluntad, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 10-38.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Culpabilidad y Pena, 2.ª ed. amp. y act., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Aspectos actuales de los delitos de estafa en el código penal chileno, Libertas, 6, 2017, pp. 112-144.
- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/ Trapero Barreales, María A. (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 5ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente*, Pavía, García Mosquera*, Martínez Cantón, García Sobrado*, Rodríguez Vázquez*, Vega*, Francés*, Escobar*, Pérez-Sauquillo*, Torres Cadavid*. Madrid, Reus, 2017.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa, M.ª Asunción Moreno Castillo y José-Zamyr Vega Gutiérrez*, Managua, UCA Publicaciones, 2017.
- Maqueda Abreu, María Luisa*/ Laurenzo Copello, Patricia*, El Derecho penal en casos, Parte General, Teoría y práctica, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Martínez Arrieta, Andrés*/ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, El recurso de casación y de revisión penal, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho Penal económico y de la empresa: Parte General, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, El delito de administración desleal de patrimonio ajeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

- Mata y Martín, Ricardo M.*, Fundamentos del sistema penitenciario, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.
- Modolell González, Juan Luis*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal, Libertas, 6, 2017, pp. 273-287.
- Monge Fernández, Antonia*, El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo* (dir.), Sistema de Derecho penal. Parte Especial, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, S.L., 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Sistema de Derecho Penal. Parte General, 3.ª ed., Madrid, Dykinson S.L., 2016.
- Muñoz García, Miguel Ángel*, Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso en el Derecho penal financiero y el lavado de activos, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2016.
- Muñoz Ruiz, Josefa*, Las circunstancias atenuantes muy cualificadas, Pamplona, Aranzadi, 2016.
- Núñez Paz, Miguel Ángel*, Discusión histórica vigente en torno al "no hacer" desvalorado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Pereira Garmendía, Mario*, Responsabilidad por los delitos atroces, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Pérez del Valle, Carlos*, Lecciones de Derecho penal, Madrid, Dykinson, S.L., 2016.
- Portilla Contreras, Guillermo*/Pérez Cepeda, Ana* (dirs.), Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal, Salamanca, Ratio Legis, 2016.
- Portilla Contreras, Guillermo*, Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 113-149.
- Rafols Pérez, Ignacio Javier*, Consecuencias accesorias: la nueva regulación sustantiva y procesal del decomiso tras las reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y la Ley 41/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 5-49.
- Rafols Pérez, Ignacio Javier*, Cuestiones sobre determinación de la pena tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 95-106.

- Roca Agapito, Luis, Las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rodríguez Ferrández, Samuel*, La evaluación de las normas penales, Madrid, Dykinson, 2017.
- Rodríguez Horcajo, Daniel*, Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- Roig Torres, Margarita*, La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Roig Torres, Margarita*, Una aproximación al concepto de «corrupción». Las recientes leyes de reforma del código penal alemán sobre la materia, Libertas, 6, 2017, pp. 288-345.
- Roldán Barbero, Horacio*, Introducción a la investigación criminológica, 3.ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Roldán Barbero, Horacio*, Manual de Derecho penal, Parte general. (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho +ADE), 2ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Rubio Lara, Pedro Ángel*, Manual teórico-práctico de la teoría jurídica del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rubio Lara, Pedro Ángel, Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rusconi, Maximiliano*, El origen constitucional de la imputación penal, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María*, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2.ª ed., Madrid, Editorial B de f, 2016.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- 1-2 de junio de 2017. Con motivo de la celebración del XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña) se presentaron las ponencias y comunicaciones de los presidentes y patronos publicadas en este número de Foro FICP (v. Tribuna/Estudios).
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña* (presidente de honor de la FICP) sobre "Dogmática de la omisión

impropia".

– Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (patrono de la FICP) sobre "El concepto de autor en Derecho penal".

- 9 de junio de 2017. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* (Presidente de la FICP) sobre "Maltrato animal y protección de la fauna". Escuela de verano del Ministerio Fiscal sobre "Protección penal de la flora, la fauna y los animales domésticos: especial referencia al marisqueo ilegal", 6-9 de junio. Pazo de Mariñán, Concello de Bergondo, La Coruña.
- 21 de junio de 2017. Con motivo del coloquio "Reflexiones sobre el proceso de paz en Colombia", se contó con la intervención del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. EAFIT (Medellín, Colombia) y patrono de la FICP. Seminario de docencia e investigación DPE-ULE. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Sala de Juntas, Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.
- 6 de julio de 2017. Ponencia del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta* sobre "Retos actuales de una teoría garantista del Derecho penal". XVIII Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP. Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Univ. de León. León.
- 4-15 de septiembre de 2017. Con motivo de la celebración del curso internacional sobre "Grundprobleme des Strafrechts, des Strafprozessrechts und der Kriminologie", organizado por la Univ. de Augsburg (dirs.: Profs. Dres. Luís Greco y Mauricio Dieter), Alemania, tuvieron lugar las siguientes ponencias de presidentes y patronos de la FICP:

  – Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña* (presidente de honor de la FICP) sobre "Dogmática de la omisión impropia".

  – Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (patrono de la FICP) sobre "El concepto de autor en Derecho penal".

Imagen de algunos de los participantes en el curso internacional. En el centro, segunda fila, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña, acompañado a la dcha. de la imagen por el Prof. Dr. Luís Greco y el Prof.

Alaor Leite, socios de la FICP. En el extremo dcha. de la imagen, la Prof. Lina M.ª Cardona Cardona, también socia de la FICP.

Imagen de algunos de los participantes en el curso internacional. En la segunda fila, a la dcha. del Prof. Dr. Luís Greco, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo. En el extremo dcha., el Prof. Alaor Leite, socio de la FICP.

Arriba, de izq. a dcha., el Prof. Dr. Luís Greco con los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Díaz y García Conlledo y Luzón Peña. Abajo, junto al Prof. Alaor Leite.

- **14-15 de diciembre de 2017.** Con motivo de la próxima celebración de las Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig por su 70.º aniversario, dirigidas por los Profs. Dres. Silva Sánchez, Queralt Jiménez (socios) y Corcoy Bidasolo* (patrona FICP), y organizadas por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, tendrán lugar las siguientes intervenciones de los patronos de la FICP:
  - Moderación por el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*, patrono de la FICP, de la ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Enrique Gimbernat sobre "El comportamiento alternativo adecuado a derecho".
  - Participación de los Profs. Dres. Enrique Peñaranda Ramos* y Ángel Sanz Morán*, patronos de la FICP, en la mesa redonda sobre "El estado actual de la teoría del delito".
  - Ponencia de cierre del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña* (presidente de honor de la FICP) sobre "Culpabilidad y libertad".

b) Socios (con asterisco los socios)

- 1-2 de junio de 2017. Con motivo de la celebración del XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña) se presentaron las ponencias y comunicaciones de los socios publicadas en este número de Foro FICP (v. Tribuna/Estudios).
- 21 de junio de 2017. Con motivo del coloquio "Reflexiones sobre el proceso de paz en Colombia", se contó con la intervención de D.ª Stephania Serrano Suárez*. Seminario de docencia e investigación DPE-ULE. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.
- 26 de junio de 2017. Ponencia del Prof. Dr. Luis E. Chiesa*, sobre "El atrincheramiento de patrones de criminalidad: lecciones de un análisis comparado de la complicidad y la tentativa". Seminario de docencia e investigación DPE-ULE. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de León, España.
- 6 de julio de 2017. Ponencia del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo* sobre "Crisis y deconstrucción del modelo garantista de Derecho penal". XVIII Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. 6-7 de julio de 2017. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP.
- 24-25 de agosto de 2017. Con motivo de la celebración en Curitiba, Brasil, del I Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem, organizado por la Univ. Federal do Paraná (UFPR), el grupo de investigación Modernas Tendencias do Sistema Criminal y FAE centro universitario, se contó

con las intervenciones de numerosos socios de la FICP: entre ellos, los Profs. Dres. José Luis González Cussac*, José Carlos Porciúncula Neto*, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara* y Paulo César Busato*.

- 4-15 de septiembre de 2017. Durante la celebración del curso internacional sobre "Grundprobleme des Strafrechts, des Strafprozessrechts und der Kriminologie", organizado por la Univ. de Augsburg (dirs.: Profs. Dres. Luís Greco* y Mauricio Dieter), Alemania, se contó con la participación de los siguientes socios de la FICP: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann* (socio de honor de la FICP), Ambos*, Profs. Dres. Greco*, de Sousa Mendes*, Viana* y los Profs. Leite* y Cardona Cardona* (socios de la FICP). Véanse las fotos publicadas *supra* (pp. 712-713).
- **14-15 de diciembre de 2017.** Con motivo de la próxima celebración de las Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig, organizadas por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona (dirs.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez*, Prof. Dr. Queralt Jiménez*, ambos socios de la FICP, y la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo, patrona de la FICP), tendrán lugar las siguientes intervenciones de los socios de la FICP:
  - Participación del Prof. Dr. Carlos Martínez Buján* en la mesa redonda sobre "El estado actual de la teoría del delito", moderada por el Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta.
  - Moderación por la Prof. Dra. Carolina Bolea Bardon* de la ponencia del Prof. Dr. Sergio Moccia sobre "Reflexiones sobre la crisis de la legalidad en la crisis del sistema penal".
  - Moderación por el Prof. Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra* de la mesa redonda sobre "El estado de la política criminal".
  - Moderación por la Prof. Dra. Silvia Fernández Bautista* de la ponencia del del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña sobre "Culpabilidad y libertad".

(ii) Organización de seminarios y congresos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- **II Congreso Internacional de la FICP**

13-15 de marzo de 2017. Sobre "Problemas actuales de las ciencias penales". Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia). Organizado por la FICP y la Univ. de El Rosario y codirigido por los Profs. Dr. Dr. h. c. mult. Luzón Peña* (presidente de honor), Dr. Dres. h. c. Díaz y García Conlledo* y Dr. Lombana Villalba* (patronos).

Las Actas de este II Congreso Internacional de la FICP con las ponencias, los vídeos y las comunicaciones están publicados en Foro FICP 2017-1 y/o en nuestra página web, en Actas de Congresos y Seminarios. Las fotos del evento obtenidas hasta el momento se encuentran publicadas en el álbum correspondiente de nuestra Galería.

- **XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

1-2 de junio de 2017. Sobre "Derecho penal general y de empresa". Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña*, presidente de honor de la FICP y catedrático de Derecho penal. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP. Coordinadores: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas*, Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez y Profs. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz y Lina M.ª Cardona Cardona. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco (Univ. de León*). Ponentes invitados especiales: Profs. Dres. Carlos M. Romeo Casabona (Univs. del País Vasco y de Deusto, Bilbao), Jaime Náquira Riveros (Pontificia Univ. Católica de Chile, Santiago) y Esteban Sola Reche (Univ. de La Laguna). Este seminario ha contado con la financiación de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal. Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados.

En Actas de Congresos y Seminarios se encuentran disponibles el programa y las Actas del Seminario, con las ponencias y las relaciones de los debates. Todas las fotos del evento se encuentran disponibles en el álbum correspondiente de nuestra Galería.

- **Seminarios de Docencia e Investigación DP-ULE**

El Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo*) ha organizado las siguientes actividades en el marco de sus seminarios de docencia e investigación DP-ULE:

– 21 de junio de 2017. Coloquio "Reflexiones sobre el proceso de paz en Colombia", con la intervención del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta, D.ª Stephania Serrano Suárez y D. Ricardo Escobar Osorio, alumno del Grado en Derecho de la Univ. EAFIT.

– 26 de junio de 2017. Ponencia del Prof. Dr. Luis E. Chiesa sobre "El atrincheramiento de patrones de criminalidad: lecciones de un análisis comparado de la complicidad y la tentativa".

- **XVIII Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.**

  6 y 7 de julio de 2017. Sobre "Derecho Penal y garantismo". Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, respectivamente). Facultad de Derecho, Univ. de León (España).

  Ponentes invitados: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luigi Ferrajoli (Univ. degli Studi Roma Tre, Italia) y los Profs. Dres. Eduardo Demetrio Crespo (Univ. de Castilla-La Mancha), Jordi Ferrer Beltrán (Univ. de Girona) y Juan Oberto Sotomayor Acosta* (Univ. EAFIT, Medellín, Colombia). Este Seminario ha contado con la financiación de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

  En Actas de Congresos y Seminarios se encontrarán próximamente disponibles el programa y las Actas del Seminario, con los vídeos de las ponencias y los debates. Actualmente puede consultarse el programa en Eventos anteriores.

- **Seminario Internacional sobre "Cumplimientos normativos y responsabilidad de las personas jurídicas"**

  7 y 8 de noviembre de 2017. Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona y el TransJus. Dirs. académicos: Profs. Dres. Joan J. Queralt Jiménez, Víctor Gómez Martín*, Mirentxu Corcoy Bidasolo* y Silvia Fernández Bautista*. Salón de Grados, Facultad de Derecho. Puede descargarse el programa en nuestra página web en la sección de Noticias de las ciencias penales.

- **Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig, con motivo de su 70.º aniversario el 7 de diciembre**

  14 y 15 de diciembre de 2017. Con entrega al homenajeado del primer ejemplar del Libro Homenaje de parte de sus discípulos, colegas y amigos. Evento organizado por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona (dirs.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez, Prof. Dr. Queralt Jiménez, ambos socios de la FICP, y la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo*, patrona de la FICP).

  El programa de las jornadas, en las que participarán numerosos miembros de la FICP, pronunciando la conferencia de cierre el Presidente de Honor de la FICP Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña, se encuentra disponible en nuestra página web en la sección de Noticias de las Ciencias penales. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Univ. Barcelona, Barcelona.

b) Socios (con asterisco los socios)

- **XX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

  1-2 de junio de 2017. Sobre "Derecho penal general y de empresa". Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña, presidente de honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP. Coordinadores: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez* y Profs. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* y Lina M.ª Cardona Cardona*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco (Univ. de León).

  Ponentes invitados especiales: Profs. Dres. Carlos M. Romeo Casabona* (Univs. del País Vasco y de Deusto, Bilbao), Jaime Náquira Riveros* (Pontificia Univ. Católica de Chile, Santiago) y Esteban Sola Reche* (Univ. de La Laguna). Este seminario ha contado con la financiación de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal. Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el Patronato de la FICP e invitados.

  En Actas de Congresos y Seminarios se encuentran disponibles el programa y las Actas del Seminario, con las ponencias y las relaciones de los debates. Todas las fotos del evento se encuentran disponibles en el álbum correspondiente de nuestra Galería.

- **Curso internacional sobre "Grundprobleme des Strafrechts, des Strafprozessrechts und der Kriminologie".**

  4-15 de septiembre de 2017. Organizado por la Univ. de Augsburg (dirs.: Profs. Dres. Luís Greco* y Mauricio Dieter). Augsburg, Alemania.

- **Seminario Internacional sobre "Cumplimientos normativos y responsabilidad de las personas jurídicas"**

  7 y 8 de noviembre de 2017. Evento organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona y el TransJus. Dirs. académicos: Profs. Dres. Joan J. Queralt Jiménez*, Víctor Gómez Martín, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Silvia Fernández Bautista* (que es, además coordinadora del evento). Salón de Grados, Facultad de Derecho. Puede descargarse el programa en nuestra página web en la sección de Noticias de las ciencias penales.

- **Jornadas Internacionales en honor del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig, con motivo de su 70.º aniversario el 7 de diciembre**

  14 y 15 de diciembre de 2017. Con entrega al homenajeado del primer ejemplar del Libro Homenaje de parte de sus discípulos, colegas y amigos. Evento organizado por el Departamento de Derecho penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona (dirs.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez*, Prof. Dr. Queralt Jiménez*, ambos socios de la FICP, y la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo, patrona de la FICP).

  El programa de las jornadas, en las que participarán numerosos miembros de la FICP, pronunciando la conferencia de cierre el Presidente de Honor de la FICP Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña, se encuentra disponible en nuestra página web en la sección de Noticias de las Ciencias penales. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Univ. Barcelona, Barcelona.