

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2016-1

(abril 2016)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. D. Diego-Manuel Luzón Peña

Presidente de honor de la FICP. Catedrático de Derecho penal.

Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación General: Prof. Dra. D.^a Raquel Roso Cañadillas

Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal.

Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez

Socio de la FICP. Investigador contratado. Acreditado Ayudante Doctor.

Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación: Prof. D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz

Socia y coordinadora de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. 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)	6
1.	Estudios	6
	<i>Prof. Dr. Antonio Martins</i>	6
	Culpabilidad como institución política: un esbozo	
	<i>Prof. Luis David Coaña Be</i>	22
	El modelo de imputación para personas jurídicas en el Código Penal del Distrito Federal, México: aspectos problemáticos	
	Ponencias mantenidas en el Congreso Internacional sobre Prevención de Errores Médicos y Eventos Adversos, Univ. de Vigo, 18 y 19-9-2014 (Dir.: Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal)	39
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña</i>	39
	Exención de la responsabilidad penal en el ámbito médico: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad	
	<i>Profs. Dres. Javier de Vicente Remesal/Marta García Mosquera/Virxilio Rodríguez Vázquez</i>	49
	Análisis de errores médicos y eventos adversos en el ejercicio de la profesión médica a partir de la jurisprudencia penal	
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona</i>	65
	Aspectos jurídicos de los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en el ámbito sanitario	
	<i>Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	87
	La prevención de errores médicos mediante el Derecho sancionador. Algunos aspectos de la responsabilidad extrapenal: los dictámenes previos a la vía contencioso-administrativa	
	<i>Prof. Dr. Oriol Mir Puigpelat</i>	97
	La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y su capacidad de prevención de errores médicos	
	<i>Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo</i>	107
	La valoración del daño: el daño moral causado por la actuación médica	
	<i>Prof. Dra. Geovana Andrea Vallejo Jiménez</i>	143
	La prevención de errores médicos y eventos adversos en Colombia	
3.	Jurisprudencia y comentarios de jurisprudencia	151
	<i>Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, Ponente de la STS</i>	151
	STS 154/2016, de 29-2. Caso: Primera sentencia del TS que condena a personas jurídicas por responsabilidad penal	151
	<i>Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago</i>	212
	Delito de tráfico de influencias del art. 429 CP: características. Comentario de la STS 411/2015, de 1-07	212
	<i>Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago</i>	216
	Caso Parquesol. Suministro de información privilegiada: interpretación del tipo delictivo del art. 285.1 CP. Comentario de la STS 491/2015, de 23-07	216
II.	LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY	221
1.	Unión Europea	221
	Directiva 2016/343/UE	221
2.	España	234

	Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre.....	234
3.	Colombia.....	260
	Ley 1773, de 6 de enero de 2016.....	260
	Ley 1774, de 6 enero de 2016.....	262
	Ley 1778, de 2 de febrero de 2016.....	266
	Proyecto de Ley 51 de 2015 Senado.....	278
	Proyecto de Ley 91 de 2014 Cámara (93 de 2015 Senado).....	279
III.	NOTICIAS DE LA FICP	280
1.	Congresos, seminarios y cursos.....	280
2.	Consejo Internacional Científico y de Redacción de Libertas	281
IV.	NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP	287
1.	Distinciones, galardones; grados académicos.....	287
2.	Libros y artículos recientes de miembros de la FICP.....	288
3.	Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP.....	294

I. TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Estudios

Prof. Dr. Antonio Martins

Dr. Jur., LL.M. Goethe-Universität, Frankfurt am Main, Alemania. Socio de la FICP.

~Culpabilidad como institución política: un esbozo¹~

I. INTRODUCCIÓN

La culpabilidad penal vive bajo el fuego cruzado de las más variadas vertientes críticas: de un lado, parece a los ojos de socio-tecnócratas un obstáculo idealista a la criminalización adecuada para un control social satisfactorio; a los ojos de criminólogos críticos, un argumento, también idealista, para legitimar como dato de la realidad un proceso activo, político, de criminalización; y, por fin, sin querer agotar las fuentes de los ataques, los neurocientíficos tienden a ver en ella una especie de falacia del sistema penal, ocultando la verdadera causa de la comisión de delitos, localizada como causa natural –¿dónde más?– en el cerebro de los criminales. Y así es que el principio de culpabilidad, resultado de la evolución histórica del proceso de criminalización para forjar una retraída salvaguardia de la libertad individual, oscila entre el idealismo, naturalismo y crítica como puntos de referencia obligatorios.

Lo que se percibe, además, no solo desde una mirada histórica sobre la evolución de esta categoría en la literatura jurídica, sino también desde una investigación completa de los pilares que siguen apoyando las construcciones jurídico-dogmáticas. Ello equivale a decir: la separación o unión de tales ejes teóricos variará conforme a la propia construcción que se valga de ellos. En una simplificación esquemática, los elementos referidos corresponden a la idea de la libertad de voluntad, al fundamento

¹ Traducción de la versión en lengua portuguesa llevada a cabo por Carlos Domênico Viveiros (socio de la FICP) y Juan Elías Carrión Díaz, originalmente publicado en MARTINS, Antonio/GRECO, Luis (ed.), *Direito Penal como Crítica da Pena – Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário* em 2 de setembro de 2012, Sao Paulo, 2012.

empírico de tal libertad y a la intención de, a partir de la negación de la existencia de la (plena) libertad, negar también la posibilidad o la legitimidad del juicio de culpabilidad.

Posiciones extremas niegan ahora la necesidad de comprobar la libertad, por tratarse de una categoría jurídico-moral, ahora la existencia misma de cualquier libertad de decisión – y con ello la propia culpabilidad, que deberá ser sustituida por otra categoría o mantenida, si llega, como ficción necesaria. Pero desde los deslindes teóricos que llevaron a la evolución de lo que se acordó llamar concepto psicológico hacia un concepto normativo de culpabilidad², pasando posteriormente por la conocida propuesta de HASSEMER y ELLSCHEID en el sentido de sustituir reproche por proporcionalidad³, hasta la profunda erosión – quizá productiva – del concepto como resultado del aporte de nuevas investigaciones neurológicas⁴. Se trata siempre de una justa equiparación de aquellos elementos.

Juarez TAVARES opta expresamente por una definición negativa de culpabilidad, concebida como un filtro normativo de las prohibiciones previstas por el legislador, la cual, así, “sólo se legitima en la medida que pueda servir como limitación del poder de penar”⁵ y, en sintonía con el trabajo de HASSEMER y ELLSCHEID, prescinde de la idea de reproche⁶, adoptando únicamente la protección del individuo contra el sistema penal como parámetro de orientación. No sólo al fundamentarla negativamente, sino sobre todo en la proporción en la que la desvincula de la libertad de voluntad e insiste en su carácter político, se aproxima igualmente a Wolfgang NAUCKE, para quien el fundamento del principio de culpabilidad no se encuentra en la doctrina de la libertad de voluntad, sino en el objetivo preponderantemente político de proteger al individuo de las presiones de su entorno. Por fin, Juarez TAVARES identifica, con apoyo en Klaus

² Por todos, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 4. ed., Munique, 2006, pp. 855 ss.

³ ELLSCHEID/HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, en: *Civitas. Jahrbuch für Gesellschaftswissenschaften* 9 (1970), pp. 27 ss.

⁴ La recepción de tales investigaciones ganó popularidad en Alemania, más allá del campo científico. Es verdad que, al provocar reacciones de la ciencia penal, tuvo el mérito de reanimar un importante problema de legitimación de todo el sistema penal; no obstante, en algunos desdoblamientos nos encontramos con algo semejante al tradicional positivismo criminológico de ya más de un siglo. De la nueva y vastísima literatura me contento con mencionar: ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln: wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt am Main, 2003; ROTH, *Aus Sicht des Gehirns*, Frankfurt am Main, 2009; SINGER, *Der Beobachter im Gehirn*, Frankfurt am Main, 2002; PAUEN/ROTH, *Freiheit, Schuld, Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Frankfurt am Main, 2008; MARKOWITSCH/SIEFER, *Tatort Gehirn. Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 2007. Para el debate filosófico y jurídico, respectivamente: STURMA, Ed., *Philosophie und Neurowissenschaften*, Frankfurt am Main, 2006; LAMPE/PAUEN/ROTH, *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Frankfurt am Main, 2008.

⁵ TAVARES, *Teoria do crime culposos*, 3. ed., Río de Janeiro, 2009, p. 411.

⁶ TAVARES, loc. cit., p. 412.

GÜNTHER, los márgenes políticos de la culpabilidad con el proceso normativo de creación democrática de las normas penales⁷, vinculando el juicio de culpabilidad no a la consideración del carácter del agente, sino a la conducta antijurídica practicada por él, que, como parámetro de referencia de la imputación subjetiva, “somete la norma a una crítica constante, poniendo bajo prueba su racionalidad y legitimidad”⁸.

Es evidente que, dentro de ese cuadro teórico, consecuencias sistemáticas para la teoría del delito son, aparte de bienvenidas, inevitables. En la perspectiva del jurista comprometido, serán tal vez lo fundamental. No sin motivo, Juarez TAVARES le dedicó importantes reflexiones⁹. En esta breve contribución, que le va dedicada como prueba de afecto y de amistad, tales consecuencias tendrán que asumir un segundo plano y contentarse en la forma de programa, con la promesa de un diálogo a ser planteado en el futuro.

Por tanto, el objeto del presente estudio será la legitimidad del juicio de culpabilidad en el contexto de un Estado democrático. Para ello, primero se deberá indagar acerca de la relación entre culpabilidad y la práctica de atribución de responsabilidad (I); en seguida me dedico a la discusión acerca del modelo democrático que puede sustentar una atribución *legítima* de responsabilidad, para intentar, situar la dogmática penal como práctica discursiva en ese modelo (II); y al final presentaré una breve síntesis, de lo que me parece ser un buen programa de trabajo a partir del modelo aquí propuesto (III).

II. LA CULPABILIDAD COMO INSTITUCIÓN SOCIAL

La culpabilidad penal no puede ser pensada sino en el contexto de la atribución social de responsabilidad. Específicamente jurídica es su vinculación con un derecho penal formalmente válido. Se desprende la culpabilidad penal de una culpa moral o ética, en relación de la derivación significa una probable violencia en la historia de los conceptos; no existen indicios realmente convincentes para interpretar el derecho en relación de formalización o complementación de una moral preexistente, y tampoco para situar el discurso jurídico en una relación de especialidad con el discurso moral¹⁰.

⁷ TAVARES, loc. cit., pp. 436 s.; 443. Cf. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt am Main, 2005.

⁸ TAVARES, *Teoría*, p. 413.

⁹ TAVARES, loc. cit., p. 443, sobre la consciencia de ilicitud; TAVARES, *Culpabilidade e individualização da pena*, en: NASCIMENTO/BATISTA, Ed., *Cem anos de reprovacão*, Río de Janeiro, 2011, pp. 121 ss.

¹⁰ Esa es la conocida posición de ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1983, pp. 263 ss., 426 ss. Para la crítica véase NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt

Más plausible es, por el contrario, imaginar una relación de coexistencia y de influencias recíprocas entre juicios de reproche moral y jurídico, que consolidaron históricamente aquello que actualmente entendemos por práctica social de atribución de responsabilidad.

De hecho, la separación entre derecho y moral posee un sentido no meramente descriptivo, sino también constitutivo. El derecho se desenvuelve en una esfera que se diferencia estructuralmente de la esfera moral; no solamente en virtud de su carácter estatal, por la dimensión de sus efectos sociales o los límites propios de la validez jurídica: sino, sobre todo, en virtud del momento específicamente jurídico de la *decisión* sobre un caso. El juicio jurídico de culpabilidad encuentra en este punto su razón de ser: la decisión necesita ser tomada para fijar no sólo binariamente si el autor debe ser responsabilizado por el hecho, sino también, en caso afirmativo, en qué grado esta responsabilidad puede ser verificada. Esa definición de culpabilidad, que la identifica con el proceso de atribución de responsabilidad por el hecho, es en sí una definición positiva.

La idea de la responsabilidad, como centro de convergencia de reflexiones sobre el pasado, pronósticos y expectativas para el futuro, es más vasta, evidentemente que de la culpabilidad penal. Sin embargo, observar la culpabilidad penal meramente apoyarse o derivar de la idea más general de responsabilidad, significaría otra vez, saltar sobre la naturaleza del discurso social bajo responsabilidad: el discurso penal tiene participación directa en ese contexto, toda vez que es parte constitutiva de la idea más amplia de responsabilidad social. Los discursos sociales están interconectados, se constituyen y se desestabilizan en un proceso de argumentación continuo. El interés en resaltar este punto está en lo siguiente: el concepto de responsabilidad permite la apertura para una vertiente colectiva y una vertiente individual; claro está que, en esta estructura, la culpabilidad penal tiene *prima facie* un significado de individualización – que excluye la imputación de un hecho, sea a la víctima, sea a la sociedad, sea a un determinado orden natural¹¹. Pero la discusión acerca de la responsabilidad colectiva no es ajena a la propia estructura del principio de culpabilidad: la reflexión en el sentido de que, cuanto

1986, pp. 84 ss.; HABERMAS, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main, 1998, p. 283. Para la reconstrucción del desenvolvimiento paralelo del derecho y de la moral a partir de la “verbalización de lo sagrado” cfr. HABERMAS, Theorie des kommunikativen Handelns, tomo II, Frankfurt am Main, 1981, pp. 118 ss.

¹¹ Al respecto, cfr. GÜNTHER/PRITTWITZ, Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht, en: Festschrift für Hassemer, 2010, pp. 331 ss., 334 ss.

mayor sea la responsabilidad, menor será la responsabilidad individual¹², no interviene en la discusión jurídica desde afuera; aquella compone la propia naturaleza de la estructura de la responsabilidad jurídica. En otras palabras: no existe razón para suponer que el carácter individualizador de la responsabilidad penal se confirmó a despecho de una discusión acerca de las posibilidades de responsabilidad colectiva. Ese equilibrio entre individual y colectivo ilumina también, desde siempre, la discusión de la naturaleza estrictamente penal.

Como en cualquier especificación, es necesario distinguir la culpabilidad penal de otras formas de atribución de responsabilidad, lo que se realiza mediante la demarcación de diferencias. La primera característica específica del concepto, como hemos visto, es que la culpabilidad no se prolonga en el tiempo, no puede ser devuelta a la sociedad, salvo mejor juicio; el juicio de culpabilidad penal ocurre en un momento de decisión.

Se trata, en segundo lugar, de un juicio que necesita fundamentarse de acuerdo con el derecho válido; culpabilidad y principio de legalidad, al aceptarse su vigencia se encuentran íntimamente ligados, en relación de recíproca dependencia: culpabilidad y norma penal son conceptos que se remiten uno al otro. Aquí se funda primariamente la formalización del derecho penal, en contraste con otros procesos sociales de atribución de responsabilidad¹³.

Un tercer momento se encuentra en la vinculación entre culpabilidad y pena. También es verdad que se puede imaginar un juicio de culpabilidad cuyo contenido de reprobación se extinga en aquel mismo; la pena como imposición de un mal posterior desaparecería, por innecesaria o ilegítima¹⁴. No obstante, los conceptos se definen recíprocamente; una erosión de alguna de sus fases no logra establecer la independencia de ambos. La culpabilidad existe porque existe la pena; culpabilidad y pena están estructuralmente definidas por una práctica social y por juegos de lenguaje inherentes a esa práctica.

¹² GÜNTHER/PRITTWITZ, loc. cit., p. 352.

¹³ Cfr. HASSEMER, Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht, en: Festschrift für Bemann, 1997, pp. 175 ss., 185 s., 190 s.

¹⁴ Cfr. GÜNTHER, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, en: Festschrift für Lüderssen, 2002, pp. 205 ss.; para la crítica del paradigma de la comunicación en el derecho penal y, en especial en la teoría de la pena de Jakobs, de la concentración en el aspecto semántico de la pena en detrimento del nivel pragmático, único a explicar la imposición de un mal, PUPPE, Strafrecht als Kommunikation, en: Festschrift für Grünwald, 1999, pp. 469 ss., 475 s. El problema de la relación entre significado de la pena e imposición del dolor es tratado con más detalle en JAKOBS, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004, pp. 26 ss., y rápidamente en JAKOBS, System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt am Main, 2012, pp. 14 s.

Así como la pena presupone la lesión de un interés personal como reacción a un comportamiento reprobado¹⁵, la culpabilidad presupone la expectativa de una consecuencia jurídica específica de la pena. Aquellas se fundamentan mutuamente, pero también se limitan: la culpabilidad se vuelve la barrera para la imposición de pena a conductas no desaprobadas; la pena limita el juicio de culpabilidad a casos de desvaloración cualificada por el orden jurídico. Por ello, ambas instituciones convergen hacia la relación con un tercer punto de referencia, el concepto material de delito.

Un cuarto momento constitutivo de la institución de la culpabilidad penal es el momento subjetivo de atribución de responsabilidad, por el cual el concepto es normalmente definido. El principio de culpabilidad limita la posibilidad de responsabilidad objetiva por el hecho. Sin embargo, esa función limitadora no deja de ser circular: porque al fin y al cabo los elementos que constituyen el juicio de culpabilidad son exactamente aquellos que lo distinguen, en un proceso argumentativo complejo, de la idea de atribución objetiva de responsabilidad. Se trata, en último término, de una construcción normativa.

1. Derecho, violencia y herencia metafísica

El término *institución* empleado hasta aquí sin mayores especificaciones, pretende dar cuenta de la ambivalencia de la culpabilidad como práctica normativa. En el campo de la teoría del derecho, ya en la teoría de las instituciones de HAURIU¹⁶, el concepto de institución pretende superar una comprensión a veces puramente subjetivista, a veces puramente objetivista, del derecho. En la manera que aquí se le asigna – en una variación de las *institutions-choses* –, lo fundamental es demarcar la atribución de responsabilidad, de un lado, como un proceso histórico producido por sujetos, que reflejan en esa práctica su posición en la sociedad y los intereses que buscan proteger. Simultáneamente se trata de un proceso consolidado que se rige conforme a las reglas previamente definidas, fruto no solamente de las instituciones sociales que lo circundan, sino también de la solidificación de determinadas ideas. De ese carácter institucional se derivan otras ambivalencias del concepto de culpabilidad penal que se relacionan con el concepto mismo de derecho.

¹⁵ Al respecto, NEUMANN, Alternativen zum Strafrecht, en: NEUMANN/PRITTWITZ, Ed., Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, Frankfurt am Main, 2005, pp. 89 ss., 98.

¹⁶ HAURIU, Die Theorie der Institution und der Gründung, en: HAURIU, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze, Berlín, 1965, pp. 27 ss.; 35.

Sin que pueda extenderme aquí acerca de este tema, es en la tensión entre violencia y poder legítimo en la formación del derecho donde se sustenta también el eje de movilidad de la responsabilidad penal¹⁷. Esos momentos constitutivos no pueden ser separados rígidamente, sino que definen el propio concepto de derecho en su integración dialéctica. De ahí se comprende también la relación entre derecho y revolución como momento de fundación, así como la idea jurídica de coerción. La tensión entre legitimidad e ilegitimidad no tiene que ser diluida; ella constituye la propia naturaleza del fenómeno jurídico¹⁸. La relación (paradójica) dentro/fuera del derecho es, en fin, no solamente el motor de su evolución, sino también la justificación de su existencia como realización de determinadas promesas sociales: los proyectos de libertad se cristalizan en la esfera social y, erosionan el derecho existente o exigen su modificación, anhelando ser positivadas¹⁹. Pero ante aquel proceso de cristalización – esa es la paradoja – no ocurre la rebeldía del derecho, del discurso jurídico preexistente.

Por ello, me gustaría definir aquí el elemento de la no violencia en ese fenómeno como un momento *discursivo*, en el sentido de interacción social no necesariamente racional, pero orientando hacia la racionalidad argumentativa, en la que los participantes asumen la responsabilidad por aquello que sustentan y reaccionan, de acuerdo con esa responsabilidad a la crítica de los otros participantes²⁰. En la medida en que la discursividad posee carácter inmanente, no se desvincula de las condiciones materiales de reproducción de la sociedad; vale decir: los participantes del discurso están condicionados por su posición social y por sus intereses. La racionalidad discursiva está en la estructuración de esa misma práctica, que presupone determinadas idealizaciones, sin las cuales no existiría comunicación –fundamentalmente, la presuposición de la identidad de significado.

¹⁷ Es interesante verificar que la necesidad de distinguir entre *force* y *pouvoir* preambula las reflexiones de HAURIOU sobre el concepto de institución.

¹⁸ Cfr. BRUNKHORST, *Machbarkeitsillusionen, feierliche Erklärungen und Gesänge. Zum Verhältnis von Evolution und Revolution im Recht*, en: *Festschrift für Teubner*, 2009, pp. 447 ss.; y la interpretación del conocido ensayo de Walter BENJAMIN por MENKE, *Recht und Gewalt*, 2. ed., Berlín, 2012.

¹⁹ Esa paradoja no deja de ser la herencia del Iluminismo para la idea del derecho, marcada por la oposición (y no armonía) entre razón y realidad (irracional) y por la correspondiente necesidad de transformación de la razón en realidad social. Cfr. sobre esa problemática WIETHÖLTER, *Politik und Aufklärung*, en: RÜSEN/LÄMMERT/GLOTZ, Ed., *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 33 ss., 36 s.

²⁰ Me refiero, en líneas generales, al paradigma de unión entre responsabilidad y funcionamiento de la práctica argumentativa, tal como fue concebido por HABERMAS, *Theorie*, tomo 1, esp. pp. 397 ss.; o en la versión más moderada de BRANDON, *Making it explicit*, Cambridge (Mass.) – London, 1994, esp. cap. 3, pp. 141 ss.

Vistas las cosas de esa manera, se puede evitar la identificación del derecho con la violencia como la idealización de un contenido metafísico que, como en la versión de Wolfgang NAUCKE, tiende progresivamente a desaparecer en pro del estado de policía a partir del siglo XIX²¹. Al mismo tiempo de esta versión se puede mantener el momento idealizado de constitución de un derecho cuyo centro se encuentre en la idea de libertad y dignidad humana, sin perder de vista el carácter socialmente inmanente de la construcción de esas ideas. En fin, esa especie de trascendencia en el discurso le otorga a la idea de una “jurisprudencia negativa” su razón de ser; la contención de la irracionalidad y de la violencia, como tal, pasan a ser elementos naturales del discurso jurídico.

La culpabilidad penal se sedimenta como institución jurídica, tanto en el aspecto opresor de imposición de una orden social materialmente injusta como en el aspecto de protección ideal de la persona. Esta ambivalencia, tampoco aquí, necesita ser resuelta. Ella constituye dicha institución propiamente.

2. La reconstrucción normativa del concepto

La tarea de una dogmática penal crítica consiste en la reconstrucción normativa del concepto a partir de su sedimentación institucional, contribuyendo así para la redefinición inmanente de sus contornos como garantía de la libertad individual²². Se trata de un proceso erosivo-constitutivo, en línea de continuidad.

La idea de libertad que aquí es insertada perdería su razón de ser si fuese simplificada como una mera libertad negativa. Es verdad que la función del derecho como garantía de la libertad se restringe a delimitar, en principio, el espacio necesario para que el individuo pueda realizar libremente sus preferencias éticas o existenciales sin el compromiso de justificarlas frente a cualquiera; y también es verdad que la transferencia de expectativas de libertad hacia la esfera jurídica conduce a patologías sociales.²³ Pero la propia posibilidad de delimitación de este espacio de libertad jurídica

²¹ NAUCKE, Vom Vordringen des Polizeigedankens im Recht, d.i.: Vom Ende der Metaphysik im Recht, en: NAUCKE, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, Baden-Baden, 2000, pp. 379 ss. Cfr. el análisis de BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, Frankfurt am Main, 2009, pp. 18 ss., que se refiere a las postulaciones de NAUCKE como una “jurisprudencia negativa” (p. 25).

²² Se trata de un proceso paralelo al que Axel HONNETH estipula como base, de matriz hegeliana, de una teoría crítica de la sociedad a orientar una reconstrucción de las condiciones de realización de la libertad en la sociedad contemporánea. Cfr. HONNETH, Das Recht der Freiheit, Berlín, 2011, esp. pp. 23 ss.

²³ HONNETH, loc. cit., pp. 129 ss. y 157 ss., respectivamente.

implica la idea de autonomía política, sobre la cual todavía debemos analizar, y por ello, una idea positiva de libertad.

La relación entre libertad y responsabilidad que lleva implícita la culpabilidad, de cualquier modo, perdería su contenido si no se le otorgase también un sentido material de justicia. Uno de los elementos a ser considerados es la llamada generalización de las posiciones de agresor y víctima.²⁴ Ello excluye tanto la idea de venganza privada como de privatización de la relación penal misma en el sentido de solución horizontal del conflicto. Esta exigencia de justicia conduce a la pérdida de legitimación frente a datos criminológicos genéricos, como la existencia de cifras negras; pero también frente a la imposibilidad de generalización, en el caso concreto, de las perspectivas de autor y víctima, como ocurre frecuentemente en el caso de actos practicados dentro de comunidades éticas cerradas, allí reconocido como legítimo. Y finalmente aproxima el principio de culpabilidad a la idea de igualdad, que debe ser contrapuesta al funcionamiento efectivo de una institución dentro de estructuras de clase consolidadas, como bien resalta Juarez TAVARES.²⁵

Por otra parte, la importación acrítica de la idea de justicia distributiva para el centro de la responsabilidad penal como forma de ponderación o equilibrio entre protección de la víctima y del agresor en el marco de una orientación preventiva, como lo establece Maria-Sybilla LOTTER, conlleva por lo menos a tres dificultades.

Primero, no por accidente el principio de culpabilidad se estructura como un principio de protección del (presunto) autor del hecho, como LOTTER reconoce²⁶. La institucionalización del principio sigue la lógica de transformación normativa que originan los derechos fundamentales: de exigencias (desmesuradas) frente al ciudadano para la limitación de la intervención estatal y, a partir de ello, la consolidación de determinados principios y prácticas libertarias. Y asentar el equilibrio normativo entre prevención y protección individual en una diagramación geométrica consiste en una profunda ideologización del proceso de imputación penal, en el que los déficits de legitimación de la pena estatal y las falacias ideológicas del proceso de criminalización

²⁴ NEUMANN, Alternativen, pp. 95 ss; NEUMANN, Die Stellung des Opfers im Strafrecht, en: HASSEMER, Ed., Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform, Frankfurt am Main et alii, 1987, pp. 225 ss., 234 ss.

²⁵ TAVARES, Teoria, p. 415.

²⁶ TAVARES, loc. cit., p. 290.

–me refiero, entre otras cosas, a la prueba de la eficacia preventiva y a las cifras oscuras– son ignorados o neutralizados.

A ello se añade la segunda dificultad: la generalización de las posiciones de autor y víctima explica acertadamente la estructura de la relación entre responsabilidad penal y standards sociales de justicia en términos esquemáticos, sin embargo aquella no sirve para la legitimación concreta de la punición más acentuada de determinados comportamientos o la mera decisión por la culpabilidad en razón de demandas preventivas, tal como desea la autora: en el momento de concretización de esa estructura, es necesario considerar, incluso, que el propio complemento de las posiciones de autor y víctima se realiza dentro de un proceso político de atribución de responsabilidad.

Por fin, existe también dificultad en lo que concierne a la construcción dogmática que se podía verificar de la concepción exclusivamente funcional de culpabilidad en Jakobs²⁷: es que el juicio de culpabilidad se vuelve arbitrario. El ideal de prevención – aunque exenta la confrontación con argumentos escépticos – no ofrece ni puede ofrecer una escala de correspondencia entre necesidad preventiva, culpabilidad y pena²⁸. Entonces, la solución para la legitimación de la controvertida figura del *actio libera in causa* prescinde de modelos argumentativos complejos (como es el caso de los modelos de tipicidad y de excepción)²⁹: las “finalidades sociales del derecho penal” la legitiman *per se*³⁰. Con ello, la posibilidad de reconducir la discusión al foro legítimo de un proceso de imputación justo, en el modelo de un “diálogo sobre la responsabilización” marcado por la inclusión del punto de vista del autor³¹, pierde su razón de ser: la propia idea de justicia se convierte (y se pervierte) en finalidad estatal.

Es verdad que el juicio de culpabilidad posee un componente normativo de naturaleza intersubjetiva y no se reduce, por tanto, a la investigación de la subjetividad

²⁷ JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. ed., Berlín, 1991, cap. 17; JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993; y en la más reciente versión, JAKOBS, *System*, pp. 59 ss.

²⁸ Cfr., por todos, la crítica de ROXIN, *Strafrecht*, pp. 866 s.; ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland*, en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2011, pp. 678 ss., 693 s.

²⁹ Cfr. NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, Berlín, 1985, pp. 24 ss.

³⁰ LOTTER, *Scham, Schuld, Verantwortung*, Berlín, 2012, p. 310.

³¹ Así NEUMANN, *Zurechnung*, pp. 269 ss.; NEUMANN, *Die actio libera in causa als Methodenproblem der Strafrechtsdogmatik*, en: *Kansai University of Law and Politics*, pp. 43 ss., 51. Sobre el “diálogo de la culpabilidad” cfr. HAFT, *Der Schuld-dialog*, Friburgo, 1978. Crítica frente a ese modelo, PUPPE, *Strafrecht als Kommunikation*, pp. 485 ss.

del autor³². Lo que se hace evidente en el caso del error de prohibición, donde la alegación del desconocimiento de la norma acaba siendo tratada desde una perspectiva eminentemente normativa³³. Ese componente refleja de alguna forma las representaciones de justicia de un ente social; el derecho intenta cristalizarlas. La idea de que un niño o un enfermo mental son inimputables se explica biológicamente sólo *después* del filtro social de los standards de responsabilización; se trata, al final, de una decisión normativa, no de una consecuencia natural³⁴. Conforme JAKOBS correctamente resalta, la definición social de esos standards depende de una determinada visión de mundo: el pasaje de la presuposición de un orden natural hacia un “mundo desencantado” (término tomado evidentemente de Max WEBER), al cambiar el sujeto – o, en las palabras de HEIDEGGER, al transformar al hombre en sujeto³⁵ y enmarcar característicamente su acción social por la planificación y por el cálculo de los efectos de su comportamiento, transforma también su noción de responsabilidad³⁶.

³² Véase la acertada argumentación de LOTTER, *Scham, Schuld, Verantwortung*, pp. 301 ss., 311.

³³ Un mínimo de normativización es de hecho inevitable: cfr. NEUMANN, § 17 en: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. ed., 2010, número de margen 55; cfr. también STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht AT*, 5. ed., Colonia, et alii, 2004, p. 218, que resaltan aquí una concesión a un “concepto social de culpabilidad”; finalmente, JAKOBS, *Die Schuld der Fremden*, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 118 (2006), pp. 831 ss., presta a esa normativización carácter absoluto y neutraliza como “psicologizaciones” los argumentos en contrario.

³⁴ Cfr. NEUMANN, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, en: PRITTWITZ/MANOLEDAKIS, Ed., *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende: Deutsch-Griechisches Symposium, Baden-Baden 2000*, pp. 119 ss., 123; GÜNTHER, *Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft*, p. 482; GÜNTHER/PRITTWITZ, *Individuelle und kollektive Verantwortung*, p. 337 s.; JAKOBS, *Schuldprinzip*, pp. 12, 14; sobre el papel de las reglas cotidianas de imputación moral y su significado para la fundamentación constitucional del principio de culpabilidad cfr. HÖRNLE, *Die verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips*, en: *Festschrift für Tiedemann*, 2008 pp. 325 ss., 333 s.

³⁵ HEIDEGGER, *Die Zeit des Weltbildes*, en: *Holzwege*, Frankfurt am Main, pp.75 ss., 88, 106.

³⁶ JAKOBS, *Schuldprinzip*, pp. 10 ss., 22; JAKOBS, *System*, pp. 20 s. Este proceso es continuo: al fragmentado sujeto post-moderno, frente a la hiperburocratización de las relaciones sociales, de la anonimización y del fatalismo que impregna los circuitos de decisiones tomadas en complejos sistemas de acción social, de la imposibilidad del control de nuevas tecnologías que se convierten en formas de destrucción de la especie y de la naturaleza, de fenómenos históricamente innovadores como genocidios tecnológica y burocráticamente organizados (cfr., por ejemplo, BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986, esp. pp. 42 ss.) pertenecen nuevas representaciones de la idea de responsabilidad, cuyo reflejo se ve, por ejemplo, en manifestaciones estéticas. Compárese el Hamlet de SHAKESPEARE con el Hamletmaschine de Heiner MÜLLER; véase la humanización, la personalización (y ridiculización) de la figura del dictador enloquecido en el Moloch de Aleksandr SOKUROV, sobre Hitler, como una (auto declarada) reacción a los cambios en la idea y en el contexto social de la atribución de responsabilidad. Sobre cambios en las estructuras sociales de responsabilización cfr. NEUMANN, *Zur Veränderung von Verantwortungsstrukturen unter den Bedingungen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts*, en: *Rechtstheorie* 36 (2005), pp. 435 s. Sobre la violencia de la planificación, del cálculo y del control-cultivo de todas las cosas, así como de la paradójica transformación cualitativa del mundo en algo incontrolable cfr. el ya mencionado ensayo de HEIDEGGER, *Die Zeit des Weltbildes*, pp. 94 s. Sobre todo el contexto de las diferencias estructurales entre el pensamiento mítico y la racionalidad moderna, bien como las condiciones de su constitución, en diálogo crítico con el pensamiento de Max WEBER, cfr. HABERMAS, *Theorie*, tomo I, Frankfurt am Main, 1995, capítulos I (I.2) y II, resp. pp. 72 ss., 225 ss.

III. CULPABILIDAD Y DISCURSO DEMOCRÁTICO

Lo que no se puede ignorar, sin embargo, es el momento político de transformación de aquellos standards en el derecho, que tiende a ser olvidado en el análisis descriptivo de la percepción social de la responsabilidad y de su estructuración moral y jurídica. Si aquel momento político demarca un rompimiento con lo dinámico de la percepción social – que puede muy bien, tal como lamentablemente ocurre, exigir el linchamiento o la punición de menores de edad en ciertas circunstancias –, gana por otra parte, su legitimidad en la estructuración racional de aquella dinámica en el proceso democrático. El momento político no se identifica ni con una voluntad abstracta de una comunidad, ni con la voluntad de la mayoría; se define como la *volonté generale* de Rousseau, en términos de racionalidad democrática.

Es en razón de ese momento político que una reconstrucción normativa del principio de culpabilidad debe contener elementos que no se reduzcan a la percepción social inmediata de justicia o, aún menos de prevención, pero lo definen negativamente, por exclusión. Es el caso, por ejemplo, de la presunción de inocencia, destacada por JUAZ TAVARES como materialización constitucional del principio³⁷ y que conduce a que el proceso de imputación sea constituido, al final, como filtraje negativo, donde se destaca la semejanza, en línea de parentesco, con la propuesta de ZAFFARONI³⁸. Fundamental es que ese carácter negativo, de limitación, no sea opuesto al principio de culpabilidad como elemento externo, sino que se incorpore a su propia estructura, que como tal, se expandirá por toda la construcción argumentativa de la teoría del delito. De ahí se deriva la necesidad de utilizar las garantías individuales derivadas del proceso penal, como el *in dubio pro reo*, como principio estructural también del derecho material³⁹ - a destacarse como correctivo constante de la propia construcción dogmática, comprendida como red argumentativa, y dentro de las mallas de esa red, como argumento anti-sistemático de solución de impases⁴⁰. En esa concepción de dogmática penal como red o esquema argumentativo, está implícito un sentido dialógico de la culpabilidad penal, que posee en el fondo contenido democrático: aquel indica la continuidad de la fundamentación del derecho en el momento de su aplicación. Este último elemento de nuestra reconstrucción, por ello, sólo se comprende a partir de la

³⁷ TAVARES, Teoría, p. 415.

³⁸ ZAFFARONI, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 2000, pp. 356 ss.

³⁹ Sobre el tema, MARXEN, Straftatsystem und Strafprozess, Berlín, 1984, pp. 343 ss.

⁴⁰ Cfr. MARTINS, Versuch über die Vorsatzzurechnung am Beispiel der aberratio ictus, Frankfurt am Main, 2008, especialmente pp. 92 ss.

inserción de la práctica de atribución de responsabilidad en el cuadro de un proceso democrático de producción normativa, al cual ahora me dedico.

1. El proceso democrático de producción normativa

El momento específicamente político de la culpabilidad penal se apoya en la comprensión de que los ciudadanos asumen responsabilidad – en el contexto de un discurso político – por la definición de las reglas de atribución de responsabilidad⁴¹. Se trata de un proceso político de decisión sobre la identidad normativa de un grupo⁴², el cual como proceso se somete constantemente a la crítica y a la revisión. Los resultados de ese proceso estarán condicionados por las situaciones materiales para su libre realización. De esas situaciones dependerá su mayor o menor legitimidad.

El centro de la idea de democracia es la circularidad procedimental de su desarrollo, de manera que autores y destinatarios de las normas se identifiquen como participantes del discurso social que las genera⁴³. Klaus GÜNTHER caracteriza a los participantes de ese proceso como *personas deliberativas*, que asumen los roles asimétricos de autor (legislador) y destinatario de las normas jurídicas (persona de derecho)⁴⁴. Como persona de derecho el individuo se somete también a normas con las cuales pueda eventualmente estar en desacuerdo; desacuerdo que podrá expresar en la esfera pública democrática. En la formulación de JAKOBS: el reconocimiento de la validez de la orden normativa se separa de la aceptación, como correcto, de su contenido normativo actual⁴⁵.

La culpabilidad penal presupone, por tanto, no solamente autonomía jurídica, sino también autonomía política. Culpabilidad y democracia se implican mutuamente⁴⁶. La

⁴¹ GÜNTHER, *Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft*, en: MÜLLER-DOHM, Ed., *Das Interesse der Vernunft*, Frankfurt am Main, 2000, pp. 465 s., 476 s.; GÜNTHER/PRITTWITZ, *Individuelle und kollektive Verantwortung*, p. 340.

⁴² GÜNTHER/PRITTWITZ, loc. cit., p. 338.

⁴³ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, pp. 109 ss.; 349 ss.; HABERMAS, *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, en: HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, 1999, pp. 293 ss.

⁴⁴ GÜNTHER, *Schuld*, esp. pp. 245 ss.; GÜNTHER, *Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts?*, en: BRUNKHORST/NIESEN, Ed., *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main 1999, pp. 83 ss.; GÜNTHER/PRITTWITZ, *Individuelle und kollektive Verantwortung*, p. 342.

⁴⁵ JAKOBS, *Schuldprinzip*, p. 18. También JAKOBS insiste en la necesidad de comprender al sujeto de la imputación como una persona, definida por la inclusión en el sistema social de comunicación (loc. cit., 26 ss.). En su enfoque el concepto de persona acaba por asumir un carácter neutro, en sentido meramente formal, sin que el grado de inclusión relativice la legitimidad de la imputación penal. Deriva de la interpretación constitucional del principio de culpabilidad la necesidad de un concepto de persona capaz de diálogo y de asumir responsabilidad ante otros, HÖRNLE, *Begründung*, p. 337.

⁴⁶ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Was ist Schuld?*, en: *Festschrift für Tiedemann*, 2008, pp. 345 ss., 352; KINDHÄUSER, *Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat*, en: *Festschrift für Hassemer*, 2010,

afirmación de la existencia de culpabilidad (para delitos especialmente graves) en regímenes no democráticos, como pretende JAKOBS⁴⁷, denota por fin un vínculo meramente social (a mi modo de entender, incluso *ético*) de la culpabilidad en su sistema, contrariando la propia definición de sistema como un contexto de juicios *jurídicos*⁴⁸. JAKOBS prescinde explícitamente de la idea de discurso para fundamentar la legitimidad de las normas penales. Lo que significa abstraer la *sociedad* de la vida concreta de sus participantes, y presuponerle una homogeneidad de raíz verdaderamente autoritaria.

Comprendiéndose la culpabilidad como resultado de un discurso político-jurídico, resultado de la interrelación entre derecho, moral y política, se llega necesariamente a la conclusión de que el grado de participación fáctica en el discurso democrático – que es infinitamente más amplio que la mera participación en pleitos electorales – determina las posibilidades de un juicio legítimo de culpabilidad. Quien no tiene la palabra, no puede ser forzado a oír. En orden inverso: el juicio de culpabilidad será tan menos legítimo en cuanto menos sea desarrollada la práctica democrática. Su momento de violencia estructural – y concreta: en la aplicación de la pena, en los efectos perversos de la sentencia condenatoria – serán expresión de violencia ilegítima, y no del reconocimiento, en el autor, de un ciudadano responsable.

2. El rol de la dogmática penal como parte del discurso democrático

Entonces, el rol de la dogmática penal es asumir una función reflexiva, y por tanto crítica en el proceso de discusión democrática. Aquella es parte de un discurso jurídico que naturalmente no se agota en el discurso científico; sus canales de difusión en el proceso más amplio de comunicación social nos obligan a recordar su dimensión política, al determinarle el horizonte hermenéutico de su argumentación y al otorgarle voz.

Aquella función reflexiva se subdivide en dos frentes: de un lado, el trabajo de Sísifo de demarcación de límites, que serán, tantas y tantas veces, redefinidos. Así, en la

pp. 761 ss. La relación interna entre democracia y culpabilidad neutraliza todavía la crítica a la imposibilidad de comprobación de la libertad de voluntad, a menos que se quiera, también, abrir mano de la democracia como forma de gobierno. WALTER, Hirnforschung und Schuldbegriff, en: Festschrift für F. C. SCHROEDER, 2006, pp. 131 ss., 139 llama la atención para las dificultades frente al concepto de democracia, al negarse la libertad de determinación individual.

⁴⁷ JAKOBS, Die Schuld der Fremden, pp. 831 ss.

⁴⁸ JAKOBS, System, pp. 16 s. Lo que está en juego, evidentemente, es la concepción de derecho legítimo de JAKOBS, que, reconociendo el significado de valoraciones sociales para la legitimidad del sistema (loc. cit., p. 18, nota 15), salta el momento de fundamentación democrática.

interrelación de discursos científicos, morales, éticos, filosóficos, políticos, la dogmática penal tiene como tarea cuidar la diferenciación de argumentos, abriéndose, como discurso, a otras fuentes, traduciendo sus resultados, pero salvaguardando al mismo tiempo su autonomía en una actividad continua de reflexión⁴⁹. La carencia de bases universales del discurso ético, la maleabilidad del legislador frente a delitos que provocan escándalo en la esfera pública, la falta de tiempo para una investigación cuidadosa, la creación de nuevas formas de peligro con el desarrollo tecnológico – todo ello necesita ser redimensionado en su traducción para el sistema penal.

La posibilidad del acierto de posiciones dogmáticas depende de un correcto examen de informaciones y provocaciones de otras esferas del conocimiento; pero depende sobretudo de la capacidad de dejarse sensibilizar, provocar, deconstruir – y en la erosión de sus propias categorías encontrar su método de trabajo. En el curso de esa tarea, denunciar falsos argumentos que en lugar de promover se embarcan en la discusión; y confrontar una política criminal que se destaca por su carácter expansivo⁵⁰.

El segundo frente corresponde a otra especie de sensibilización: la sensibilización para la injusticia, para la materialidad del dolor, para la comprensión de los efectos perversos del discurso científico que termina inevitablemente por legitimar la imposición del dolor por el Estado, la degradación del individuo, la manutención de estructuras sociales estratificadas, y por neutralizar la denuncia política de tales efectos.

IV. PROGRAMA

Lo que puedo ofrecer aquí, como conclusión, es un mero programa de trabajo, que consiste en lo siguiente:

(i) en la irradiación del significado político de la culpabilidad para todos los campos de la teoría del delito, sin abrir mano de las ventajas sistemáticas

⁴⁹ Ejemplar al respecto, a partir de la función atribuida al derecho penal, concretamente la protección subsidiaria de bienes jurídicos, ROXIN, *Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion*, en: *Festschrift für Küpper*, 2007, pp. 489 ss.

⁵⁰ En sentido próximo, NAUCKE, *Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, en: NAUCKE, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Frankfurt am Main, 1999, pp. 58 ss.; NAUCKE, *Entwicklung der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in: NAUCKE, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, pp. 393 ss., 409; NAUCKE, *Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht*, en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1998, pp. 263 ss.

(argumentativas) de diferenciación entre culpabilidad e injusto⁵¹;

(ii) en la concepción de un concepto de persona que pretenda incluir en la discusión político-criminal a aquellos que están más alejados de su centro de decisiones, lo que excluye cualquier forma de derecho penal del enemigo, limita la saturación del derecho penal por programas éticos e insiste en la necesidad de su contención moral (en el sentido universalista, integrativo, por tanto eminentemente restrictivo);

(iii) en la apertura para nuevos conocimientos acerca de la libertad de voluntad sin perder de vista el aspecto político-institucional del proceso de responsabilización⁵²;

(iv) en la revisión de los criterios normativos con los que el desconocimiento de la norma penal viene siendo tratado y su repolitización como forma de relación entre individuo y Estado; en especial, la sensibilización para el problema del inmigrante en un mundo de intenso tráfico de personas, y la reaproximación de las categorías del error de prohibición y del delito por convicción;

(v) en la reaproximación entre culpabilidad y el concepto material de delito como parte de un proceso colectivo de decisión democrática racional.

* * * * *

⁵¹ Contra la pretendida supresión de la diferencia entre injusto y culpabilidad por Jakobs y su escuela, GRECO, *Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld*, en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, pp. 636 ss.; ROXIN, *Zur neueren Entwicklung*, pp. 692 s.

⁵² De esta forma entiendo los objetivos del refinado trabajo de FABRICIUS, *Der Mensch ist eine Maschine. Maschinen können frei sein*, en: *ARSP* 97 (2011), pp. 556 ss.

Prof. Luis David Coaña Be

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán y de la Escuela de Derecho de la Universidad Marista de Mérida (México). Doctorando en Ciencias Penales y Política Criminal en el INACIPE. Socio de la FICP.

~El modelo de imputación para personas jurídicas en el Código Penal del Distrito Federal, México: aspectos problemáticos~

I. INTRODUCCIÓN

La publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) el pasado 5 de marzo de 2014 dos mil catorce ha marcado un hito en la historia del proceso penal mexicano, no solamente porque se trata de un código que permitirá de manera adecuada la implementación en todo el país del sistema acusatorio y oral en materia penal, sino también porque se trata de un código que “estandariza” los procesos penales, es decir, permite -por fin- tener un solo código para todos los Estados, el Distrito Federal y la Federación, lo que sin duda contribuirá al mejor entendimiento e implementación del novel proceso acusatorio tanto a nivel federal como en las entidades federativas.

Además, entre otras tantas novedades, aciertos y desaciertos que contiene, se trata de una legislación que por vez primera permite que en México se pueda hablar de la posibilidad de enjuiciar penalmente a las personas jurídicas cuando cometan o participen en la comisión de un delito, lo que constituye una novedad que pone al país *ad-hoc* con otras legislaciones penales de Latinoamérica y Europa que así lo establecen.

No obstante, la sola posibilidad procesal de someter a juicio penal a las personas morales no resulta suficiente para poder estimar totalmente implementada la responsabilidad penal de las personas jurídicas en México, pues es necesario que las legislaciones penales sustantivas de las entidades federativas, así como la federal, sean modificadas a efecto de establecer las disposiciones complementarias a ello, tales como el modelo de responsabilidad penal que asumen, las atenuantes y/o excluyentes del delito cometido por una persona moral, las sanciones a que puede hacerse acreedor, entre otras disposiciones no menos importantes.

Merced a lo anterior, el 18 de diciembre de 2014 se publicó en la Gaceta del Distrito Federal el decreto por el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal (en adelante CPDF) con el fin de

establecer las reglas que permitieran hablar plenamente de la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y -en lo que aquí interesa- el modelo de imputación penal asumido por el legislador capitalino.

Bajo ese tenor, en este artículo se pretende realizar un análisis crítico de la reforma al CPDF, centrándonos en el modelo de imputación penal asumido, con el fin de generar un espacio para la discusión respecto a los aspectos problemáticos que pudieran advertirse, y, tratando de adelantarnos un poco al debate que deberá generarse tanto en sede académica como en los Tribunales, escudriñar algunas posibles soluciones.

II. EL DEBATE SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas constituye uno de los temas actuales más candentes y debatidos en el ámbito de las ciencias penales a nivel mundial. Es, sin duda, uno de los tópicos que mayor polémica ha generado recientemente entre aquellos que postulan la pervivencia del aforismo “*societas delinquere non potest*” y quienes pugnan por su desaparición.¹

Uno de los argumentos más fuertes que se han vertido para sostener la viabilidad de su existencia es el relativo al contexto económico global que prevalece en la actualidad y en el cual la sociedad está sometida a una especie de *dictadura económica* que planea sobre los ciudadanos y genera una imparable actividad económica que puede llegar a incidir y provocar actividad delictiva. Tras ese escenario económico y más allá del empresario individual o de las personas físicas que las representan se ha venido asumiendo la realidad de una creciente actividad económica delictiva que supera la posible responsabilidad de la persona física y que implica a la persona jurídica como tal.²

Y es que en efecto, la globalización ha supuesto la aparición de empresas multinacionales y de organizaciones financieras que han desplegado una actividad económica generadora de riesgos que en ciertos casos puede desembocar en la comisión

¹ Una obra en la que puede advertirse con claridad el debate entre quienes están a favor y los que están en contra de la responsabilidad penal de personas jurídicas, y quizá la mejor que sobre el tema se ha publicado en México, es: ONTIVEROS ALONSO (coord.). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2014.

² BARONA VILAR, en ONTIVEROS ALONSO (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2014, p. 54.

de diversas actividades delictivas, tales como la corrupción, falsedad contable, fraudes, delitos contra el medio ambiente, trata de personas, lavado de activos, entre otras modalidades no menos gravosas que desde luego escapan de la concepción clásica del derecho penal y han hecho menester un replanteamiento del *modelo de política criminal* con que a nivel internacional se quiere combatir esta problemática y, por supuesto, del *modelo de teoría del delito* con que sería factible imputar un delito a una persona moral.³

Así, desde la perspectiva de la política criminal, aunado a los argumentos anteriormente expuestos, debe tomarse en cuenta el efecto simbólico-expresivo que sin duda tiene en la colectividad la incorporación de respuestas legislativas ante la criminalidad empresarial. Dentro de esas medidas, la punibilidad de las personas jurídicas constituye una de las herramientas más significativas en la medida que comunica a la colectividad la intención del Estado de hacer frente a la criminalidad económica.

Por su parte, observamos que desde el punto de vista de la dogmática penal⁴, en forma visionaria, Claus ROXIN marcó hace años el escenario del cambio:

Societas delinquere non potest: este era el principio rector de un Derecho Penal que se mueve de la responsabilidad por el resultado en la Edad Media hacia la imputación individual. Por el contrario, en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel. Pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, tienen su origen en empresas grandes y poderosas; pero también la comercialización de los más variados productos dañinos para la salud será siempre un gran problema del Derecho Penal. Si en dichos casos se completa el tipo penal, frecuentemente se hace difícil y a veces imposible averiguar quiénes dentro de la empresa son responsables, ya que la responsabilidad se reparte entre muchas personas y la culpa de uno solo es difícil de probar. Tampoco pueden afrontarse eficazmente los peligros que provienen de una gran empresa penando a una sola persona que puede fácilmente ser reemplazada. En cambio, las sanciones vinculadas a un fracaso de organización (independientemente de a quién en particular alcance la culpa) pueden ser muy efectivas preventivamente. Estas sanciones, cuya elaboración jurídica está todavía en sus inicios, no requieren de una acción y una culpabilidad humana, sino de una opción y una culpabilidad de la propia persona jurídica distinta a aquéllas, por lo que resulta necesario elaborar para las personas jurídicas unas reglas especiales de imputación.⁵

³ Entre los aspectos que mayor elaboración han encontrado en la moderna dogmática penal es precisamente el desarrollo de una “capacidad de acción” y de “culpabilidad” para las personas jurídicas, pues tradicionalmente, estas categorías de la teoría del delito habían sido desarrolladas para atribuir responsabilidad penal solo a personas físicas. En ese sentido, para una visión más amplia del tema, se recomienda revisar: MARTÍN BARBA, *La responsabilidad penal de las personas morales en México*, 2015.

⁴ Sin soslayar que en México, y sin ser un “penalista”, Fernando Flores García, hace poco más de 25 años escribió lo siguiente: “Se han logrado considerables avances y establecido puntos de coincidencia. Es de desearse que en futuros congresos jurídicos, en libros, ensayos, proyectos legislativos, etc., se renueven los esfuerzos para dar una solución que resuelva los problemas que en la vida real representan las actividad ilícitas de las personas jurídicas colectivas”. Véase FLORES GARCÍA, en *Ensayos Jurídicos*, 1989, p. 99 y ss.

⁵ ROXIN, *Dogmática Penal y política criminal*, 1998, p. 461.

Lo cierto es que, más allá del debate que en sede académica se pueda generar al respecto, el establecimiento de una responsabilidad penal de personas jurídicas se trata de una tendencia, una especie de *marcha triunfal*⁶, que obedece a una realidad legislativa a nivel mundial, pues países como Inglaterra, Escocia, Irlanda, Holanda, Dinamarca, Noruega, Bélgica, Francia, Suiza y España en Europa⁷, así como Chile, Colombia y Ecuador en Latinoamérica, sin olvidar a nuestros vecinos del norte Canadá y Estados Unidos de América, tienen -de un modo u otro- implementada la responsabilidad de personas morales; pero además, no debe soslayarse que tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)⁸ como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁹ recomiendan a los estados parte -entre los que se encuentra México- el establecimiento a nivel legislativo de un mecanismo que permita atribuir responsabilidad penal, civil o administrativa a personas jurídicas, por lo que su implementación constituía para nuestro país un imperativo desde la perspectiva del derecho internacional.

⁶ Utilizando la famosa frase acuñada por Bernd Schünemann para referirse al impacto que ha producido a nivel mundial el proceso penal norteamericano. Véase: SCHÜNEMANN, en Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio, 2002, pp. 208 y ss.

⁷ Llama poderosamente la atención que entre los países mencionados no se encuentra Alemania. Y es que precisamente una de las críticas más fuertes que se vierten en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es, precisamente, que Alemania –el país con mayor aportación científica a las ciencias penales- no la haya adoptado en su legislación penal. No obstante, casos recientes como el escándalo de la automotriz Volkswagen o el accidente de la aerolínea German Wings han propiciado que el debate sobre la viabilidad y necesidad de su implementación en el país germano cobre relevancia nuevamente.

⁸ **“Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas.**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular porque se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.”

⁹ **“Artículo 26 Responsabilidad de las personas jurídicas.**

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.”

Con todo lo anteriormente comentado, una primera pregunta que pudiera plantearse es si nos parece bien o mal la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que es precisamente en donde la gran mayoría de los debates académicos que se han dado en México sobre el tema se han centrado.

Muchos podrían coincidir respondiendo que ésta provoca movimientos sísmicos en las categorías clásicas del Derecho penal -por ejemplo en sede de culpabilidad- que la hacen inviable, o bien que se podría haber conseguido lo mismo mejorando el sistema de sanciones administrativas, por lo cual era innecesaria; sin embargo, lo cierto es que, se piense lo que se piense, la responsabilidad penal de las personas morales ya está aquí, y -muy probablemente- para quedarse, por lo que la pregunta parece, desde esta perspectiva, muy poco práctica.

III. EL MODELO DE IMPUTACIÓN PARA PERSONAS JURÍDICAS EN EL DISTRITO FEDERAL.

México se adentró al debate sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas estableciendo en el CNPP, en el apartado denominado como de “procedimientos especiales” (artículos 421 al 425), la posibilidad procesal de fincar responsabilidad penal a personas morales que cometan o participen en la comisión de un delito, aunque -cabe decirlo- lo hace de forma deficiente e inacabada; sin embargo, no es este el espacio para formular las críticas al respecto, pues de ello nos hemos ocupado en otro trabajo¹⁰, por lo cual, la pretensión en este artículo es centrarnos en la reforma al CPDF en la materia.

Adoptada la decisión de implementar la responsabilidad penal de personas jurídicas, la primera cuestión que debería plantearse todo legislador es la del modelo a seguir para instrumentarla. A decir de la doctrina, caben, esencialmente, dos opciones teóricas -o modelos- a la hora de diseñar un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica:

a) El primero de ellos suele llamarse sistema de *transferencia*, o *modelo vicarial* y suele explicarse, *grosso modo*, de la siguiente manera: si una persona física comete el delito en el seno de una persona jurídica (en su nombre, por su cuenta y/o en su

¹⁰ Véase: COAÑA BE, et. al., en Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales, 2015, pp. 371 y ss. De igual modo deben revisarse las críticas vertidas por ONTIVEROS ALONSO en MORENO HERNÁNDEZ/ONTIVEROS ALONSO (coords.), Comentarios al Código Nacional de Procedimientos, 2015, pp. 305 y ss.

provecho), la responsabilidad penal del individuo se transfiere, en principio y sin mayores requisitos, a la empresa. No es necesario ni relevante discernir si la persona moral actuó con dolo o de forma imprudente ni tampoco se analizará su culpabilidad, pues basta que la persona física cumpla con el requisito de formar parte de la empresa, así como los requisitos clásicos de la culpabilidad para que la persona jurídica responda penalmente.

Bajo esa guisa, tenemos que desde la perspectiva de la persona jurídica, esta regla de imputación da lugar a una suerte de *responsabilidad penal objetiva del ente*, que está desconectada del dolo o la imprudencia propios de la sociedad. A este sistema también puede llamársele de responsabilidad penal subsidiaria o de heterorresponsabilidad.

Ahora bien, dentro de este mismo modelo, podemos descubrir dos vertientes de la misma:

De acuerdo con la primera, que procede de Estados Unidos de América y de la doctrina del *respondeat superior*, la transferencia de culpabilidad se produce bajo tres condiciones: la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa, y con el fin de beneficiarla.¹¹

La segunda fórmula, de origen británico, se denomina como teoría de la identificación, la cual, a diferencia de la doctrina del *respondeat superior*, exige para la imputación que el comportamiento haya sido cometido por un directivo o “top manager”, y no por cualquier agente de la entidad. Algunas versiones de este modelo se caracterizan a su vez por relajar el grado de conexión entre el superior y el delito. De este modo, se conforman con que el superior haya autorizado, tolerado o consentido la comisión del hecho delictivo o incluso, en las versiones más laxas de la teoría de la identificación, basta con que la infracción haya sido realizada como consecuencia de un ejercicio defectuoso de sus facultades de vigilancia y control. Todas las Decisiones marco de la Unión Europea y, en su senda, diversos ordenamientos acogen esta versión más relajada de la teoría de la identificación.¹²

De la lectura del numeral 27 bis fracción I inciso a) del CPDF podemos colegir que el legislador capitalino optó por esta vertiente, dentro del modelo de transferencia:

“Artículo 27 bis. Responsabilidad penal de una persona moral o jurídica.

¹¹ NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008, p. 111.

¹² Ídem.

I. Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos y, en su caso, de la tentativa de los primeros, todos previstos en este código, y en las leyes especiales del fuero común, cuando:

a) sean cometidos en su nombre, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio, por sus representantes legales y/o administradores de hecho o de derecho; o

...”

En efecto, si se atiende a la literalidad del precepto anteriormente transcrito, se advierte que estamos ante un sistema de transferencia, en la vertiente que se ubica en la teoría de la identificación, pues basta que un administrador de la empresa, o sea un “top manager” (quien se halla en la cúspide jerárquica de la organización), o bien quien tenga la representación legal de la misma, cometa el delito en su nombre, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio, para que esta responda penalmente del hecho delictivo de su representante. Ningún otro requisito se menciona expresamente.

Así, haciendo un análisis un poco más detallado sobre la regulación supratranscrita, en primer lugar advertimos la exigencia de que sean necesariamente quienes dirijan a la persona jurídica (administradores de hecho o de derecho, o bien el representante legal) los que hayan cometido el delito en el ámbito de sus competencias y con la intención de beneficiarla. Este constituye el primer criterio de imputación.

Al respecto debe precisarse que son administradores aquellas personas en cuyas manos se encuentra el “control del funcionamiento” de la entidad y que cuentan con “capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa”, actuando bajo la sujeción directa de los órganos de gobierno de la entidad.¹³

Por lo que se refiere a los representantes legales, una interpretación literal del artículo 27 bis fracción primera inciso a) del CPDF cubriría también a aquellos personas contratadas por la entidad para participar en la actividad exterior de ésta, lo que lleva a un mapa de posibles sujetos activos notablemente amplio, incluyendo muy probablemente a los abogados de la empresa, aunque esto -insisto- estará sujeto a interpretación de los tribunales mexicanos.

Ahora bien, la actuación de estas personas debe reunir ciertas características para permitir la atribución a la persona jurídica del delito cometido: han de intervenir en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho o exclusivo beneficio de ésta.

¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, en Anuario de Derecho Penal Económico, Núm. 3, 2015, p 42.

Respecto al requisito de “en su nombre o por cuenta” de la persona jurídica, este obliga a entender que las personas físicas previamente aludidas han de operar en el giro o tráfico de la entidad y en el marco formal, material y funcional del contenido real de su mandato, por lo que, de actuar la persona física fuera de su ámbito, el delito no sería imputable a la persona jurídica, aunque le favorezca, pudiendo las “extralimitaciones” puntuales llevar, en el plano penal, a excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta.¹⁴

En cuanto al “provecho o exclusivo beneficio” con que debe actuar la persona física respecto a la persona jurídica, hay que descartar el “provecho propio” que utiliza, por ejemplo, el empleado desleal para perjudicar a un tercero, debiendo exigirse que el provecho para la persona jurídica sea actual, es decir, que este se haya producido efectivamente.

b) Al segundo modelo de atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas se le denomina sistema de *responsabilidad por defecto en la organización* y suele oponerse al anterior modelo merced a que, se dice, tiene en cuenta la propia conducta de la empresa.

Si en el modelo de transferencia la responsabilidad penal de una persona física era atribuida de forma directa, automática y sin mayores requisitos a la persona jurídica, este otro modelo, tiene en cuenta el “hecho propio” del ente jurídico, analizando su estructura interna, su organización, y si ese modo de organizarse era al menos negligente y facilitó el delito cometido en su seno, la persona jurídica responderá penalmente; por el contrario, si no puede advertirse un fallo en la organización que coadyuvara a la realización del hecho delictivo, esto es, si el delito se cometió a pesar de, o sorteando voluntariamente los controles y medidas de prevención dispuestos por la persona jurídica, esta no deberá asumir responsabilidad penal. También puede denominársele modelo de autorresponsabilidad de personas morales.

De la lectura del artículo 27 bis fracción I inciso b) del CPDF podemos advertir la existencia de este modelo:

“Artículo 27 bis. Responsabilidad penal de una persona moral o jurídica.

I. Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos y, en su caso, de la tentativa de los primeros, todos previstos en este código, y en las leyes especiales del fuero común, cuando:

¹⁴ *Ibidem*, p. 43.

...

b) las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso anterior realicen un hecho que la ley señale como delito por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional que deba atenderse según las circunstancias del caso, y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica.”

Como podemos ver, el CPDF prevé que el ente jurídico también pueda responder penalmente de los delitos que cometa en su seno cualquier otro empleado, es decir, de los delitos de un subordinado, sometido a la supervisión del dirigente o representante legal de la empresa.

En efecto, en el numeral supratranscrito se encuentra plasmado el sistema basado en el defecto de organización de la empresa. Si el delito lo comete el subordinado existe un requisito adicional, que no se exige en el caso de inciso a), que dispone que para hacer responsable a la persona jurídica es menester que no se hubiere desplegado sobre el empleado el “debido control” y ello haya favorecido la comisión del hecho que la ley señala como delito, lo que, *contrario sensu*, parece indicar que si la empresa ejerció el control debido, si fue diligente en los planes de prevención del delito y en los controles que estos traen aparejados, y a pesar de ello el empleado cometió el hecho delictivo porque fue capaz de sortear esos controles, la sociedad no debiera responder penalmente.¹⁵

Lo anterior nos deja ver que es en este modelo donde pareciera tener impacto la implementación de un *compliance program* en el seno de las empresas en México, que tenga como finalidad, entre otras, la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal¹⁶ en caso de que algún empleado hubiera cometido un delito en el seno de la persona jurídica.

ONTIVEROS lo explica con mayor claridad

Si bien es cierto las disposiciones señaladas pueden ser objeto de importantes críticas y mejoras, parece claro también que las dos referencias arriba resaltadas, es decir, las relativas a ejercer el debido control al ámbito organizacional y la de establecer medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos, se refieren claramente a programas de cumplimiento. Efectivamente, el *compliance* cumple, entre otras, con las dos tareas referidas. Así, la fase de detección y

¹⁶ Ello parece robustecerse si leemos también el siguiente numeral del CPDF:

“**Artículo 27 Quintus.**- Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona moral o jurídica haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas:

a) ...

b) ...

c) Establecer, antes de la etapa de juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica; o

...”

eliminación de riesgos está dirigida a evitar que éstos se traduzcan en delitos y para ello se requiere ejercer el control debido sobre ellos, mientras que las medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse, pasan por la generación y aplicación de protocolos así como por los canales de denuncia interno y externo. En el marco de estos dos ejes rectores juega un rol fundamental la fase de supervisión y sanción desarrollada por el compliance officer.¹⁷

En resumen, podemos entonces señalar que conforme a lo dispuesto por el nuevo artículo 27 bis del CPDF, el modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido a la capital mexicana es un sistema mixto, el cual, sin independizar la responsabilidad penal de la persona jurídica de la de las personas físicas, se apoya en el sistema de transferencia respecto de los delitos cometidos por los representantes y administradores, y por otra parte, tiene como base el modelo de defecto en la organización, en los supuestos contemplados en el inciso b) del mencionado artículo, en los casos de delitos cometidos por empleados de la empresa, derivando hacia una mayor autorresponsabilidad.

Así, *grosso modo*, podemos decir que la responsabilidad penal empresarial puede derivar de la comisión de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas. Un esquema sería así:

Las personas físicas deben

1.- presentar un determinado vínculo de conexión con la persona jurídica, manifestado en su condición de

- representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la misma, o
- personas sometidas a la autoridad de los anteriores; y

2.- actuar, además, bien en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, si se trata de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho; bien, por lo que se refiere a las personas sometidas a la autoridad de los anteriores,

- en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica, y
- por no haberse ejercido sobre ellas el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

¹⁷ ONTIVEROS ALONSO, en GARCÍA RAMÍREZ/DE GONZÁLEZ MARISCAL (coords.), El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios, 2015, pp. 146 y 147.

IV. ASPECTOS PROBLEMATICOS

Ahora, toca turno de esbozar algunos aspectos problemáticos que se advierten de la regulación penal anteriormente analizada, contemplada en el CPDF.

Como hemos visto, el legislador capitalino ha optado por adoptar los dos modelos generales de imputación penal que tradicionalmente se utilizan para atribuir responsabilidad penal a una persona moral, pues en el inciso a) de la fracción I del artículo 27 bis del CPDF se desprende con nitidez la existencia del modelo vicarial o de transferencia de imputación penal para la persona jurídica; en tanto que del inciso b) del numeral en comento se advierte previsto el sistema de responsabilidad penal por defecto en la organización de la persona moral.

Un primer aspecto problemático que puede notarse es la posible inconstitucionalidad del modelo de responsabilidad penal por transferencia.

En efecto, para un sector importante de la doctrina, la responsabilidad penal objetiva de la empresa sería inconstitucional. La argumentación que de forma más o menos constante se hace es, en esencia, la siguiente.

Uno de los postulados principales de un derecho penal de corte liberal y garantista es el relativo al principio de culpabilidad, que en esencia, reza que la responsabilidad penal solo puede derivar de un hecho o acción propia¹⁸, lo que implica que la responsabilidad por un hecho ajeno está proscrita en el Derecho penal, por oponerse - precisamente- al principio de culpabilidad, de rango constitucional en México.

Bajo ese tenor, si se interpreta el artículo 27 bis, fracción I inciso a) del CPDF en el sentido de que basta el delito del directivo para que la persona jurídica responda penalmente, siempre que haya actuado en representación y en provecho de esta, sin exigir mayores requisitos para condenar penalmente a la sociedad y siendo irrelevante entonces el dolo o la culpa propios de la empresa, ello equivaldría a hacer responder a un sujeto (la empresa) por el delito de otro (el directivo), atentando en contra del principio de culpabilidad, lo que redundaría en la inconstitucionalidad de dicho modelo. Luce como un argumento contundente ¿no?

¹⁸ Luigi FERRAJOLI incluye al principio de culpabilidad dentro de los diez axiomas que componen un sistema de derecho penal garantista, cuando reza “nulla actio sine culpa”. Véase: FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 2009, p. 93.

Y es que además, debemos agregar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recientemente reconoció que las personas morales también gozan de aquellos derechos fundamentales que conforme a su naturaleza le resulten necesarios para la realización de sus fines, protejan su existencia y permitan el libre desarrollo de su actividad, tales como el de propiedad, de asociación, de petición, de acceso a la justicia, entre otros.¹⁹

No obstante, adelantándonos un poco a la posible impugnación de este precepto, y tomando postura, consideramos que no habría motivos suficientemente fundados para considerar inconstitucional el modelo de transferencia adoptado por el legislador capitalino.

En opinión de NIETO MARTÍN -a nuestro juicio acertada- un sistema de responsabilidad penal objetiva para la persona jurídica no atenta contra el principio de culpabilidad. El argumento toral que emplea consiste en que los seres humanos y las entidades jurídicas son realidades muy distintas. Y, aun cuando nuestro Máximo Tribunal haya reconocido que las personas morales también tienen derechos humanos, resulta problemático asignar a éstas de forma automática todos y cada uno de los derechos fundamentales que ostentan las personas físicas.²⁰

Según el autor citado, el principio de culpabilidad, o el derecho que este otorga a los ciudadanos (el derecho, podríamos decir, a no ser condenado penalmente sin dolo o culpa propios), es un derecho fundamental estrechamente vinculado con la dignidad humana, cuya expresión podría ser la necesidad de que el ser humano sea tratado como sujeto, y que por ende no sea degradado a la categoría de objeto. Por ello, y porque no cabe entender que las personas jurídicas sean titulares de esa dignidad humana (en tanto que son ficciones jurídicas, creadas por el Derecho al servicio de los hombres), el principio de culpabilidad no puede proyectar sobre estas las mismas garantías que sobre las personas de carne y hueso.²¹

Tal argumento, de hecho, encuentra sustento jurisprudencial en México, pues la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación así parece afirmarlo en la Contradicción de Tesis 360/2013 cuando señala

¹⁹ Contradicción de Tesis 360/2013 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de fecha 21 de abril de 2014. p. 109.

²⁰ NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008, pp. 117-118.

²¹ Idem.

En tales términos, **las personas jurídicas no gozan de los derechos humanos que presupongan características intrínsecas o naturales del hombre**, en cuanto ficciones creadas a partir del ordenamiento jurídico, sino como organización creada a partir de la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común y con una identidad propia y diferenciada que trasciende la de los individuos que la integran, a la que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad y, consecuentemente, reconoce capacidad para actuar en el tráfico jurídico, como sujeto independiente de derechos y obligaciones, son titulares de aquellos derechos que inscritos en el rubro de derechos humanos, comprenden los que se constituyen en fundamentales para la consecución de sus fines.

Así, **por ejemplo, serán aplicables únicamente para los individuos los derechos vinculados con la dignidad del hombre**, la integridad física, la vida, y la protección de la familia; mientras que podrán hacerse extensivos a las personas jurídicas privadas, los derechos que garantizan una protección económica o que comportan garantías de acceso a la jurisdicción, entre otros.²²

Además de ello, y partiendo de una interpretación literal del artículo 409 del CNPP, actualmente a las personas jurídicas que son sometidas a un proceso penal en México no se les reconoce una capacidad de culpabilidad, pues la sanción que se le imponga únicamente se graduara en relación al injusto que hubieren cometido.

Bajo esos argumentos, parecería entonces que el principio de culpabilidad no sería objeción desde el punto de vista constitucional para la adopción del modelo de transferencia de responsabilidad penal de personas jurídicas en México.

Otro posible aspecto problemático que se visualiza en el horizonte del debate respecto al modelo de imputación penal de personas jurídicas adoptado por el legislador capitalino -y que también adquiere matices propiamente constitucionales- se refiere a la posible violación a la garantía del “*non bis in idem*”, que está reconocida en los artículos 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14, numeral 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 8, numeral 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que implica que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Este argumento de posible inconstitucionalidad cobra aún mayor relevancia si advertimos que actualmente en México, pese al modelo de imputación adoptado por el legislador capitalino, lo cierto es que no existe la responsabilidad penal propia y directa de la persona jurídica, ello por disposición de los artículos 421, 423 y 425 del CNPP que rezan:

“Artículo 421. Ejercicio de la acción penal

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, **el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta sólo si también ha**

²² Contradicción de Tesis 360/2013. op. cit. pp. 107-108.

ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido.”

Como podemos ver, México ha implementado ya la posibilidad de someter a un juicio del orden criminal a una persona jurídica, sin embargo, solamente permite dicho sometimiento de forma “subsidiaria”, pues de la redacción del numeral en comento se advierte que sujeta esa posibilidad al hecho de que haya una persona física que individualmente sea sometida también al proceso penal.

En ese sentido, lo anterior implica que en nuestro país aún no podamos hablar de que exista una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas, pues ello está supeditado a que también haya un proceso penal incoado en contra de una persona física, siendo que en países como España, por ejemplo, a partir de la LO 5/2010 de 22 de junio, que modificara la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal²³, se incorporó lo que la doctrina conoce como una “responsabilidad penal directa”, con la cual, si bien la responsabilidad penal de una persona moral puede coexistir con la de una persona física, lo cierto es que para poder condenar a la primera, no es necesaria una declaración previa de culpabilidad de la persona física, pues ambas corren autónomamente y en paralelo, situación que en nuestro país no pudiera ocurrir, merced a que el CNPP exige que necesariamente deba haber una persona física sujeta a proceso penal para que pueda haber una persona jurídica.

Lo anterior constituye una deficiencia que a futuro debe corregirse, pues la posibilidad de someter a proceso penal a una persona jurídica no responde solamente a factores penales, sino como señalé previamente, también obedece a directrices estatales de corte político criminal, por lo cual, la norma procesal en comento debiera facultar a la autoridad ministerial a ejercer acción penal en contra de entes colectivos con independencia de que se hubiera ejercido –o siquiera- identificado a una persona física.

Pero además, el mecanismo procesal que dispone el numeral 421 del CNPP sí pudiera violentar la garantía del “*non bis in idem*” pues resulta evidente que podrán haber casos en los cuales se imponga una sanción tanto a la persona física como a la persona jurídica por los mismos hechos, lo que no ocurriría en caso de que no se sujetara el enjuiciamiento penal de las empresas a la identificación de una persona física.

²³ Cabe aclarar que al momento de redactar estas líneas ya había entrado en vigor en España (el 1 de julio de 2015) la LO 1/2015 que reformó el código penal en varias materias, destacando entre ellas el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la finalidad de fortalecerlo y dotar de seguridad jurídica su aplicación en el ámbito judicial.

Finalmente, hemos visto que a partir de lo dispuesto en el inciso b) de la fracción primera del artículo 27 bis pareciera tener cabida la incorporación de los *compliance programs* en el seno de las empresas, que tengan como finalidad la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal de dichos entes; empero, no existen directrices normativas claras en México que permitan a dichas entidades jurídicas conocer la manera en que deberán elaborar dichos programas para que tengan esos alcances.

En ese tenor, en la actualidad tenemos que existe un vacío legislativo, pues el legislador ha omitido normas que digan cómo deben ser esos planes de prevención de delitos, qué forma deben adoptar y cuál tiene que ser su contenido para alcanzar plenos efectos exoneratorios, lo que nos sitúa en un ámbito de inseguridad jurídica. La reforma penal que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha venido acompañada de la necesaria regulación sobre la forma que deberían adoptar los planes de compliance penal, así como tampoco ha incorporado una norma positiva que diga si será bastante con la adopción de un código de conducta escrito por parte de la empresa, o un sistema interno de denuncias anónimas, o bien si además hará falta un responsable de cumplimiento y prevención penal (*compliance officer*), entre otros aspectos no menos importantes.

Por ejemplo, en Estados Unidos de Norte América, el *compliance* tiene antecedentes en la incorporación de la idea del *good corporate citizenship* (buen ciudadano corporativo) que tiene su génesis normativa en la Foreign Corrupt Practices Act norteamericana de 1977. Sin embargo, un punto de quiebre en aquel país lo constituyó el primer borrador de los “Principles of corporate governance and structure: Analysis and recommendations” elaborado por el American Law Institute en 1982 y que generó un impacto significativo en la comunidad empresarial norteamericana que veía cómo un grupo de profesores de derecho establecía estándares legales para la gestión de la empresa.²⁴

En el caso de México, tenemos que al momento de redactar estas líneas se encontraba en proceso de discusión en el Senado de la República una iniciativa de nueva ley mexicana en materia de juegos y sorteos que establece lo que sería un programa de *compliance* empresarial para casinos cuyo eje rector sería el juego responsable; esquema de cumplimiento normativo que, además de novedoso, pone los

²⁴ REYNA ALFARO en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado, 2015, p. 459.

objetivos en un nuevo esquema de autorresponsabilidad empresarial que va de la mano con la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pero mientras ello ocurre, resulta evidente que tendrá que ser la doctrina y la jurisprudencia la que se encargue de aportar ideas sobre la manera en que las empresas deberán elaborar sus programas de cumplimiento normativo.

V. CONCLUSIÓN

A manera de colofón, queda en evidencia que para la adecuada implementación de la responsabilidad penal de personas morales en México aun queda mucho camino que recorrer, siendo un avance significativo el hecho de que el CNPP ya establezca la posibilidad procesal de hacerlo, y el CPDF se haya ocupado de establecer tanto los esquemas de imputación penal, como las posibles excluyentes, atenuantes y sanciones que debieran imponerse.

En ese tenor, habrá que estar atentos, por un lado, a las necesarias reformas que deberán realizar tanto la federación como las restantes entidades federativas de la república mexicana, a efecto de poder constatar similitudes y divergencias en la implementación de los esquemas que permitan imputar responsabilidad penal a las empresas.

De igual modo, habrá que observar la posible aprobación y publicación del decreto de reformas al CNPP aprobado por el Senado de la República en el mes de diciembre de 2014, con el cual se modifica sustancialmente el procedimiento para establecer responsabilidad penal a las personas jurídicas, disponiendo entre otras cosas no menos importantes, una responsabilidad penal directa de la persona jurídica, lo que permitirá mejorar sustancialmente su implementación.

De igual modo, será necesario que, conforme los casos se vayan sometiendo a la potestad de los tribunales, la jurisprudencia mexicana se encargue de delimitar adecuadamente el contenido de conceptos novedosos tales como el “debido control” a que alude el CPDF, cuyo quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal de personas jurídicas, ello con la finalidad de brindar la seguridad jurídica de la que no ha dotado del todo su regulación.

En este camino, la doctrina también habrá de jugar un rol importante, tal como ha sucedido en otros países donde ya ha sido implementada, de manera muy similar a la nuestra, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que consideramos que

es deber compartido de los penalistas en México dotar a los actores del drama penal, de las herramientas científicas que les permitan avanzar en su adecuada implementación.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado, 2015.

Anuario de Derecho Penal Económico, Núm. 3, 2015

FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ/DE GONZÁLEZ MARISCAL (coords.), El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios, 2015

NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008.

ONTIVEROS ALONSO (coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2014

ROXIN, Dogmática Penal y política criminal, 1998.

SCHÜNEMANN, Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio, 2002.

* * * * *

**Ponencias mantenidas en el
Congreso Internacional sobre Prevención de
Errores Médicos y Eventos Adversos
Univ. de Vigo, 18 y 19-9-2014
(Dir.: Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal)***

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

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Alcalá. Presidente de Honor de la FICP.

**~Exención de la responsabilidad penal en el ámbito médico: causas de
justificación y de exclusión de la tipicidad~**

**I. EJERCICIO LEGÍTIMO DE LA PROFESIÓN MÉDICA COMO CAUSA
DE ATIPICIDAD O DE JUSTIFICACIÓN**

1. Las intervenciones médicas como eximente: atipicidad o justificación

La práctica de la medicina y en especial de la cirugía puede provocar, aunque sea en intervenciones o tratamientos curativos, resultados transitorios o permanentes de daños o incluso pérdida de órganos o miembros, que por tanto pueden encajar en principio en los tipos de lesiones, tanto si el resultado final global de la intervención médica es positivo como si fracasa y resulta negativo, y en los peores casos de fracaso de la actuación médica puede causar o contribuir a causar la muerte del paciente. No obstante, si la intervención médica o quirúrgica se ajusta plenamente a las reglas de la medicina estará amparada por ejercicio legítimo de la profesión médica, que operará como causa de atipicidad en los supuestos en que haya adecuación social o, según otra fundamentación, en los que realmente no hay lesiones típicas por haber un resultado positivo de curación o mejora, y como causa de justificación en los restantes supuestos. Al respecto hay que distinguir diversos grupos de supuestos según sus características.

**2. Intervenciones médicas o quirúrgicas curativas consentidas y correctas con
resultado positivo o con resultado negativo**

Tradicionalmente la doctrina española consideraba que los tratamientos médicos y las operaciones quirúrgicas que inicialmente producen daño o menoscabo en alguna

* Celebrado en Vigo con fecha de 18 y 19 de septiembre de 2014 en el marco del proyecto de investigación MICINN DER2011-22934. Evento organizado por la Universidad de Vigo, con la colaboración especial de la FICP, y dirigido por el Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal. Pueden consultarse las actas del Congreso en la página web de la FICP www.ficp.es en la sección de [Actas de Congresos y Seminarios](#).

parte u órgano del cuerpo o incluso pérdida total o parcial de algún órgano o miembro corporal del paciente encajan en el tipo de las lesiones aunque al final y en conjunto la intervención resulte curativa y que estarán justificadas por ejercicio legítimo de la profesión médica si se llevan a cabo con consentimiento y de acuerdo con las demás reglas de la profesión. Pero desde hace unas décadas parte de la doctrina española, coincidiendo con un sector importante de la alemana, sostiene que tales intervenciones curativas no precisan la causa de justificación ya que no son típicas, no realizan el tipo de las lesiones: o bien argumentando que no se lesiona el bien jurídico salud cuando pese al daño concreto en su conjunto la salud no resulta menoscabada, sino salvada o mejorada¹, o bien interpretando que el término típico “lesiones” no se cumple cuando mejora el estado global del paciente, o argumentando que no hay imputación objetiva cuando se da una disminución del riesgo².

Estas interpretaciones a favor de la atipicidad son ciertamente posibles, si bien es posible replicar que, por mucho que mejore finalmente la salud o incluso se salve la vida en peligro, si previamente la intervención médica tiene que causar un daño concreto en los órganos y salud del paciente, p. ej. los daños a veces durísimos que provocan en el organismo tratamientos oncológicos de quimioterapia o radioterapia o en las operaciones las secciones de tejidos, vasos o parte de órganos, fiebre y todo el proceso más o menos complicado de cicatrización y del postoperatorio, eso son de entrada lesiones concretas y daños a la salud aunque se justifiquen por la necesidad de salvar un interés preponderante; y sobre todo en los casos de extirpaciones o amputaciones de órganos o miembros o de anulación de su funcionamiento se puede replicar que esas son indudablemente lesiones (aunque sean igualmente necesarias para salvar un interés preponderante), primero porque los tipos de las lesiones protegen como bien jurídico no sólo la salud sino también la integridad corporal, es decir el tener completo e intacto el conjunto de miembros y órganos corporales (alguien a quien le falta el lóbulo de la oreja o una falange de un dedo no sufre daños en su salud, pero sí en

¹ Así la doc. dom. alemana, sea basando la tipicidad en que no hay lesión del bien jurídico cuando en el resultado global mejora la salud, sea argumentando con la conformidad al arte médica: cfr SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 2010, § 223/30, con citas (mientras que la jurisprudencia sostiene que hay lesiones típicas pero justificadas por el consentimiento del paciente: cfr. JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, § 34 III 3; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/STERNBERG-LIEBEN, StGB, 2010, § 223/29); en la doc. española, fundamentalmente con el primer argumento, p.ej RODRÍGUEZ DEVESA, PG, 8ª 1981, 497; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 13ª, 1990, 517; ROMEO, El médico y el DP I, 1981, 133 ss., 271 ss.; BERDUGO, El delito de lesiones, 1982, 31 s.; JORGE BARREIRO, CPC 1982, 12; *Cerezo*, Curso II, 6ª 1998, 316; PG, 2008, 636; *Mir*, PG, 9ª 2010, 18/49.

² Utiliza ambas argumentaciones, además de la de falta de menoscabo del bien jurídico, MIR, PG, 8ª 2008, 18/50.

su integridad corporal), como reconoce el primer precepto tipificador de las lesiones, el art. 147: “causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental”, y segundo porque esas pérdidas de miembros u órganos, o la anulación de su capacidad funcional o la pérdida de la integridad de la piel y del aspecto físico por graves cicatrices o manchas, que en el CP anterior recibían a veces incluso el nombre específico de mutilaciones o castración, en el actual CP son recogidas expresamente como modalidades de lesiones graves en los arts. 149: “la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad,...” y 150: “la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad”. Si se prefiere esta interpretación, las conductas en principio serán constitutivas de lesiones, pero hay dos posibilidades de explicar la exención de la actividad médica curativa consentida y correcta según su características: 1) la primera es apreciar que pese a la afectación del bien jurídico y a la existencia de lesiones concurre una **causa de atipicidad, la adecuación social, cuando la intervención médica o quirúrgica curativa consentida y conforme en lo demás a la *lex artis* tiene un resultado curativo favorable**³. Si es así, estamos ante una conducta plenamente correcta y absolutamente normal y cotidiana, valorada positivamente como adecuada en sí misma y en sus efectos por la sociedad y el Derecho, que se realiza a diario sin el menor problema ni investigación judicial por decenas o centenas de miles en todos los hospitales, centros médicos y consultas del mundo incluso cuando necesariamente implique pérdida de miembros u órganos y que supone que el **ejercicio legítimo de la profesión, por ser socialmente adecuada** tal intervención médica, **excluye no sólo la antijuridicidad sino ya la tipicidad** de la conducta al carecer de entrada de toda relevancia jurídica (negativa). 2) La segunda fundamentación de la exención es aplicable a otros supuestos, los de **intervención médica o quirúrgica curativa consentida y conforme en lo demás a la *lex artis* que tiene un resultado desfavorable** (de lesiones o incluso de muerte), en cuyo caso ya no se puede estimar aporoblemática e irrelevante y socialmente adecuada y por ello atípica (cuando el resultado final del tratamiento es negativo, ya hay problemas e inquietud entre los afectados o también social y puede haber peticiones de investigación judicial), pero está **justificada** por ejercicio legítimo de la profesión médica que **excluye todo el desvalor**

³ Sostiene esta misma posición BACIGALUPO, RDPub 84-85 1981, 668 ss.

de la acción, pese a que subsista el desvalor del resultado (sobre esta clase de causas de justificación en el art.20, 7.º cfr. *supra* 25/10-12, 26-27).

Pero en ambos casos, tanto para que sea una causa de atipicidad cuando el resultado es favorable como para que sea una causa de justificación cuando el resultado es desfavorable, el ejercicio de la profesión médica ha de **efectuarse de modo plenamente correcto** (ejercicio “legítimo”), es decir **conforme a la *lex artis***, ajustado a las reglas profesionales, deontológicas y sobre todo científicas de la medicina, a las reglas de la llamada *lex artis* (ley del arte médica), en su mayor parte no escritas y derivadas de los conocimientos constantemente actualizados sobre las actuaciones que pese a los riesgos son convenientes, indicadas o incluso necesarias para salvaguardar la vida y la salud del paciente⁴. Ahora bien, entre los requisitos para que la conducta sea conforme a la *lex artis* está, no sólo que sean médicamente adecuados e indicados el diagnóstico y el pronóstico realizados, la medida o tratamiento terapéutico elegidos y el modo de ejecución, sino también y precisamente que se cuente con el **consentimiento** del paciente con la capacidad de comprensión legalmente requerida o en su defecto el de sus representantes legales o a falta de éstos el de sus familiares o allegados (cfr. sobre todo ello *supra* 22/135-141), y que sea un *consentimiento informado* sobre todos los riesgos, su alcance y consecuencias y alternativas existentes, en el que el grado de información requerida depende de la capacidad de comprensión y cultura del paciente y de su deseo o no de saber o incluso de la inconveniencia médica de que sepa dado su estado anímico (cfr. en detalles sobre el consentimiento informado *supra* 22/150-153). En casos de inconsciencia del paciente por accidente, desmayo o similar rigen las reglas del consentimiento presunto (*supra* 22/175 ss. y espec. 187 ss.) y según el art. 9. 2 b LAPac de 2002 (como antes en el derogado art. 10.6 c de la LGS de 1986) también las del estado de necesidad. Por lo demás este art. 9.2 LAPac regula de modo más amplio los casos en que excepcionalmente el médico puede prescindir del consentimiento del paciente⁵.

⁴ Y ello también aunque la intervención tenga un resultado final favorable, porque si eso es así pero *ex ante* la actuación médica fue incorrecta e imprudente, no habrá responsabilidad penal por faltar el resultado lesivo requerido por el tipo y no existir delitos de peligro en este campo, pero desde luego la conducta no es social y jurídicamente adecuada ni es ejercicio legítimo de la profesión, y si se descubre, puede haber responsabilidad disciplinaria para el personal médico o sanitario.

⁵ Dicho precepto dispone: “2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: / a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas

Por lo demás, tanto si el resultado curativo es favorable como si es desfavorable, la actuación conforme a la *lex artis* médica exige que se haga un diagnóstico y un pronóstico racionalmente fundado de la enfermedad tanto si *ex post* es acertado como en los casos en que pese a ello excepcionalmente resulte equivocado, que el tratamiento, medicación o intervención esté médicamente indicado o sea al menos uno de los indicados posibles teniendo en cuenta el peligro y gravedad de la enfermedad y los posibles riesgos, secuelas o contraindicaciones que pueda tener el tratamiento o intervención, y finalmente que toda la ejecución de la intervención médica o quirúrgica se lleve a cabo con la necesaria pericia y con todo el cuidado y adopción de medidas de precaución requeridos, tanto si ello lleva a un resultado satisfactorio como nuevamente si pese a todo el resultado fuera desfavorable. En los casos de resultado desfavorable pese a ajustarse en todo a la *lex artis*, como hemos visto, el ejercicio legítimo de la profesión médica no excluirá ya la tipicidad por adecuación social, pero sí será una causa de justificación de la conducta como manifestación específica del riesgo permitido, excluyente de todo el desvalor de la acción aunque se produzca desvalor del resultado. Observando todos los requerimientos indicados de la *lex artis* médica, desde luego no hay imprudencia, pero tampoco hay auténtico dolo eventual por mucho que el médico conozca y acepte el riesgo no descartable de la intervención, pues sería dolo natural o neutro, pero, al conocer y querer realizar una conducta plenamente legítima y

siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas./ b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.” Y tb. el art. 13, 3.º, 2.º LO 2/2010 declara respecto del aborto autorizado que podrá prescindirse del consentimiento expreso de la embarazada en el supuesto previsto en el art. 9.2 b LAPac. En la letra a) de dicho art. 9.2 la no intervención afectaría ya no sólo al paciente, sino a la salud pública y sobre ello ya no tiene derecho a consentir, por lo que la intervención contra su voluntad se legitima por los principios del estado de necesidad que plasma este precepto. Y en la letra b) se deja claro correctamente que esa intervención sin consentimiento basada en criterios del estado de necesidad es sólo en los casos en que el paciente no puede consentir y tampoco cabe recabar el consentimiento de sus familiares o allegados, pero no en el caso en que el paciente capaz y con conocimiento se niega a la intervención médica y asume el riesgo para su vida o salud, pues, como ya hemos visto en el estado de necesidad (*supra* 24/15-16), el mal que amenaza ha de ser un mal en sentido jurídico y no hay peligro de mal jurídico en tal caso, ya que el ciudadano tiene derecho a correr el riesgo de una muerte o lesiones por causas naturales.

CEREZO, Curso II, 6.ª 1998, 320 n. 131, destacaba que antes ello se regulaba en el art. 10.6 LGS (Ley General de Sanidad), derogado expresamente en la DD de la LAPac de 2002; dicho art. 10.6 LGS enumeraba como casos en que se puede intervenir sin el consentimiento del paciente: “a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. c) Cuando la urgencia no permita demora, por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”. Pues bien, en la letra c) de aquel precepto, al no distinguir la redacción legal, se planteaba si cabría interpretar, como sostienen algunos, que se podía actuar sin consentimiento también en contra de la negativa expresa a la intervención de un paciente plenamente capaz y consciente del riesgo pero que prefiere asumirlo; sin embargo, por las razones expuesta creo que ya entonces había que hacer una interpretación restrictiva de la letra c) y excluir este último supuesto, lo que ahora ha quedado expresamente resuelto en el art. 9.2 b LAPac.

autorizada, no es el auténtico dolo referido al tipo global de injusto. Y para aceptar esta causa de justificación de la acción no hace falta recurrir a la figura general del riesgo permitido o caso fortuito, sino que son las propias normas legales y consuetudinarias sobre el ejercicio legítimo de la profesión médica las que admiten que éste también pueda ser una causa de justificación de la acción aunque se cause un desvalor del resultado, como no podía ser de otro modo si no se quiere imposibilitar el realizar una actividad tan arriesgada como el ejercicio de la medicina o la cirugía con plena tranquilidad siempre que se ajuste plenamente a la *lex artis*.

3. Intervenciones médicas o quirúrgicas no curativas consentidas y correctas

Cuando las intervenciones médicas o quirúrgicas no tienen carácter curativo, sino que son intervenciones de medicina o cirugía estética o esterilizaciones o cambios de sexo, o actos médicos con sentido curativo, pero no del propio paciente intervenido, sino de un tercero al que se beneficia como las donaciones de sangre o los trasplantes de órganos entre vivos, la posición que argumenta con el no daño global a la salud en caso de curación del intervenido, ya no puede aplicar aquí esta consideración (salvo en el caso de cirugía estética para salvar horribles deformidades o evitar traumas psíquicos del paciente⁶), por lo que deberá considerar que la conducta es típica como lesiones pero que estará justificada por ejercicio legítimo de la profesión médica si se realiza correctamente conforme a los requisitos de la práctica médica y entre ellos el consentimiento. También cabe otra perspectiva, la de que las intervenciones de medicina estética, al producir un resultado socialmente positivo, no se pueden considerar lesiones y que las hemodonaciones y los trasplantes de órganos se amparan en el consentimiento, que aquí es eficaz, además de en su admisión legislativa que permite la justificación por el 20, 7.^{o7}.

Pero nuevamente parece preferible partir de la misma perspectiva que se ha mantenido en las intervenciones curativas. Por tanto, a) en las intervenciones de cirugía estética, las esterilizaciones y las donaciones de sangre que se realicen con consentimiento y ajustándose en lo demás a la *lex artis* y con resultado favorable, como son socialmente (y jurídicamente⁸) adecuadas por considerarse positivas y

⁶ Así lo destaca CEREZO, Curso II, 6.ª 1998, 318 s.

⁷ Así MIR, PG, 8.ª, 2008, 18/52 y n. 46.

⁸ Aparte de la admisión de todos estos casos en la diversa legislación médico-sanitaria y en el derecho consuetudinario, el reconocimiento jurídico de las esterilizaciones consentidas se hace en el art. 156 CP y el de las donaciones de sangre consentidas, como señalan ROMEO, El médico, I, 1981, 289, CEREZO,

absolutamente normales, cotidianas y aproblemáticas, el ejercicio legítimo de la profesión médica supone una causa de atipicidad, la adecuación social y jurídica, por falta de entrada de toda relevancia jurídica. b) En las operaciones de cambio de sexo y en los trasplantes de órganos de un donante vivo a otra persona, admitidas ambas con consentimiento válido en el art. 156 CP y los trasplantes en la legislación sobre los mismos (fundamentalmente L 30/1979, de 27-10, y su reglamento en RD 426/1980, de 22-2), no parece que socialmente sean consideradas como algo normal, cotidiano y aproblemático y que por ello sean de entrada absolutamente irrelevantes jurídicamente; por tanto serán típicas (tipo positivo) como lesiones, pero si son consentidas y ajustadas en lo demás a la *lex artis* y con resultado favorable, la conducta y su resultado se autorizan y valoran jurídicamente de modo positivo, por lo que el ejercicio legítimo de la profesión médica las ampara como causa de justificación, aquí excluyente tanto del desvalor de la acción como del desvalor del resultado. c) Finalmente, en todas las intervenciones no curativas del paciente si pese a realizarse de modo plenamente conforme a la *lex artis* el resultado es desfavorable, evidentemente no es aproblemático ni hay adecuación social y por tanto en principio se da el tipo (positivo) de las lesiones o incluso del homicidio, pero la conducta, valorada positivamente como acción, está plenamente justificada por ejercicio legítimo de la profesión médica como manifestación específica de riesgo permitido, es decir como causa de justificación que excluye sólo el desvalor de la acción pese a subsistir el desvalor del resultado.

4. Intervenciones médicas o quirúrgicas no consentidas

Cuando la intervención médica o quirúrgica se realice sin el debido consentimiento informado del paciente ni en su defecto con el de sus representantes, familiares o allegados y no sea en uno de los casos excepcionales en que se admite la intervención sin consentimiento en el art. 9.2 b LAPac, el ejercicio de la profesión médica no será legítimo aunque el resultado sea favorable y por tanto no amparará la intervención ni como causa de atipicidad de adecuación social ni como causa de justificación. Siendo así, caben diversas soluciones sobre la calificación jurídicopenal de la conducta médica según las posiciones mantenidas en los supuestos anteriores. Para las posiciones que niegan el tipo de las lesiones por falta de lesión del bien jurídico salud o por no encajar en el concepto de “lesiones” en caso de intervenciones curativas

Curso II, 6.ª 1998, 319 y n. 127, y MIR, PG, 8.ª, 2008, n. 46 p. 495, en el RD 9-10-1985, Reglamento de hemodonación.

con resultado favorable (e incluso alguna posición minoritaria también en las intervenciones de cirugía estética), pese a ser intervenciones no consentidas por el paciente no son lesiones típicas, pero se sostiene que hay un ataque a la libertad de disposición del paciente, pero que, si se entiende que no encaja en un tipo delictivo o a lo sumo sería constitutivo de una falta de coacciones leves, *de lege ferenda* debería cubrirse esa laguna mediante la creación de un tipo delictivo especial de “tratamiento curativo o médico arbitrario”, como efectivamente se ha introducido en alguna legislación europea⁹: v. *supra* 22/153; estas posiciones sí sostendrán, en cambio, que hay lesiones no consentidas en las intervenciones no curativas del paciente o en las intervenciones curativas pero con resultado desfavorable (en las que ya sí está afectado el bien jurídico salud) y en tal caso ya no están amparadas ni por consentimiento ni por ejercicio legítimo de la profesión. Frente a esto, las posiciones que consideran que incluso en las intervenciones curativas hay lesión del bien jurídico integridad corporal y a veces incluso la salud y que hay en principio lesiones típicas, siendo el consentimiento y restantes requisitos de la actividad médica los que eximen, llegan a la conclusión de que, si no hay consentimiento válido, el personal médico responderá por lesiones¹⁰.

En efecto, desde la posición aquí mantenida, la situación en los diversos supuestos de intervenciones no consentidas, salvo en los casos excepcionales indicados en que la ley (art. 9.2 b LAPac) autoriza la intervención sin consentimiento, es la siguiente: a) En las intervenciones con resultado favorable pese a todo hay en principio lesiones típicas; si se trata de intervenciones curativas del paciente, o de cirugía estética, de esterilizaciones o hemodonaciones, es el ejercicio legítimo de la medicina operando en este caso como adecuación social (y jurídica) lo que excluye la tipicidad de la conducta, pero sólo si hay consentimiento válido, sin el cual la actuación médica no es adecuada social ni jurídicamente y por tanto no es ejercicio legítimo de la profesión; y si se trata de intervenciones de cirugía transexual o de trasplantes de órganos entre vivos, son lesiones típicas, que únicamente están amparadas por ejercicio legítimo de la profesión médica como causa de justificación nuevamente si hay consentimiento válido del operado. Por ello, pese al resultado final favorable, en los afortunadamente raros casos en que el médico actúe sin el necesario consentimiento del paciente o representantes, una intervención médica o quirúrgica curativa que cause daño a la integridad corporal o

⁹ Cfr. ROMEO, El médico y el DP I, 1981, 396 s.; JORGE BARREIRO, CPC 16, 1982, 17 s.; Jano 48 1995, 605 ss.; en: Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, 1996, 166-169.

¹⁰ Así p.ej. ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13 nm 26 s.; PG I, 1997, § 13 nm 24 s.

daño inicial a la salud, una intervención de cirugía estética que cambie el físico del paciente, una hemodonación, esterilización, intervención de cambio de sexo o extracción de órganos para trasplante serán siempre delito (en casos menores falta) de lesiones dolosas sin ninguna eximente (solamente en algún caso podría plantearse una atenuante por el móvil altruista o por un error de prohibición vencible del médico). b) En las intervenciones no consentidas con resultado desfavorable, en primer lugar por las razones indicadas la propia intervención médica o quirúrgica, curativa o no curativa, en sí misma es constitutiva de lesiones típicas; pero además el resultado final desfavorable, de ulterior lesión corporal o incluso muerte, aunque no se deba a imprudencia alguna del médico sino que la intervención se haya ejecutado en lo demás conforme a la *lex artis*, ya no estará amparado por la causa de justificación sólo de la acción del ejercicio legítimo de la profesión médica al faltar el necesario consentimiento. Por lo cual las iniciales lesiones dolosas estarán en concurso ideal con estas posteriores lesiones o muerte que supone el resultado desfavorable y que serán normalmente al menos dolosas eventuales, salvo en los casos de imprudencia inconsciente en que el médico no haya previsto siquiera que las podía causar.

II. BREVE REFERENCIA AL ESTADO DE NECESIDAD EN LA ACTIVIDAD MÉDICA

Se ha discutido ampliamente en doctrina y jurisprudencia si la actuación médica puede ampararse en estado de necesidad si se interviene sin consentimiento o incluso contra la voluntad expresa del paciente en casos de negativa de éste a un tratamiento médico salvador, a una transfusión sanguínea (por motivos de conciencia: testigos de Jehová) o de una huelga de hambre prolongada con peligro grave para la salud o incluso la vida del huelguista.

Haré sólo una referencia muy breve, por las limitaciones del tiempo disponible, a mi posición personal:

La causa de justificación del estado de necesidad (en este caso ajeno) requiere como primer presupuesto el peligro de producción de un “mal” (“que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar”), que se trata de impedir. Pues bien, en cuanto al *mal* que amenaza, no basta con un mal subjetivo, considerado así por el sujeto, sino que ha de ser un mal *objetivo*, puesto que no se trata de exculpación sino de justificación, y además un *mal* en sentido *jurídico*: pues, si no amenaza un desvalor jurídico, sino algo jurídicamente indiferente o incluso amparado por un derecho o por otra causa de

justificación del resultado, p.ej., legítima defensa o cumplimiento del deber, sería incomprensible e incompatible, no ya con la ponderación de intereses, sino sobre todo con la función protectora del Derecho que éste admitiera que para evitar resultados indiferentes o valorados positivamente se causen males jurídicos¹¹.

Por eso no cabe v.gr. amparar en estado de necesidad (contra lo que opina un sector doctrinal y a veces el TS) las coacciones, detenciones o incluso lesiones producidas para transfundir sangre o intervenir médica o quirúrgicamente a una persona adulta y capaz que se niega pese a que corra peligro su vida o salud (sea por motivos de conciencia, p. ej. los testigos de Jehová, o bien sea simplemente porque con pleno conocimiento del riesgo no quiere someterse a la intervención posiblemente salvadora o que prolongaría sus expectativas de vida), pues tiene derecho a correr el riesgo de una muerte por causas naturales, y en tal caso la muerte no será un mal en sentido jurídico; y lo mismo sucede si quien realiza una huelga de hambre amenaza con producirse lesiones con ella, donde tampoco dichas autolesiones libremente aceptadas serían un mal jurídico. Pero la situación variaría si el sujeto no diera un consentimiento válido en el riesgo (por error, coacción o incapacidad, p.ej. por ser la posible víctima menor, aunque sus padres –como ocurre con los testigos de Jehová– se opongan a la práctica de la transfusión salvadora), o si un suicida o un huelguista de hambre amenazan con provocarse la muerte, ya que en tal caso la muerte supondría un *desvalor del resultado*, un mal jurídico (como se desprende en nuestro Derecho del castigo de la inducción y auxilio al suicidio en el art. 143 CP), y cabe estado de necesidad para impedirlo¹².

* * * * *

¹¹ Así lo he sostenido y fundamentado en LUZÓN PEÑA, Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis, REPen 1987-238, 53 ss. (47 ss.); tb. en LUZÓN, EPen, 1991, 185 ss. (173 ss.); Curso, PG I, 1996, 624.

¹² Cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, REPen 1987-238, 54 ss.; tb. en EPen, 1991, 186 ss.

Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Vigo. Presidente de la FICP.

Prof. Dra. Marta García Mosquera

Prof. Contratada Doctora de Derecho Penal, Univ. de Vigo. Socia de la FICP.

Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez

Prof. Contratado Doctor de Derecho Penal y Vicedecano de Planificación y Calidad de la Facultad de Derecho, Universidad de Vigo. Socio de la FICP.

~Análisis de errores médicos y eventos adversos en el ejercicio de la profesión médica a partir de la jurisprudencia penal~

Palabras clave.- Eventos adversos, sistematización, responsabilidad penal.

Sumario.- I. Delimitación del objeto de análisis y metodología empleada. II. Sistematización de la jurisprudencia penal atendiendo a los errores concurrentes y resultados estadísticos. II.1. Introducción. II.2. Errores de diagnóstico y de tratamiento. II.3. Errores relativos al consentimiento informado del paciente. II.4. Errores relativos al medicamento. II.5. Errores en el marco de intervenciones quirúrgicas. III. Sistematización de la jurisprudencia penal atendiendo a los factores concurrentes. Resultados estadísticos. IV. Conclusiones.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS Y METODOLOGÍA EMPLEADA¹

En este trabajo se analizan los errores que en el ejercicio de la Medicina dan lugar a los denominados genéricamente eventos adversos, así como los factores que determinan la aparición de aquéllos. Para ello se elabora una estadística que permite identificar con claridad cuáles son los factores más relevantes que provocan un evento adverso en Medicina, y cuáles los errores más frecuentes en este sector de actividad.

Para llevar a cabo este estudio se podrían haber empleado distintas muestras de casos. Así, se podrían haber recopilado casos de los propios centros sanitarios (centros hospitalarios, centros de atención primaria, etc.), a partir de los sistemas de notificación en ellos implantados. También se podría haber obtenido la muestra a partir de los datos obtenidos por servicios o secciones concretas de un centro hospitalario, diseñando para ello un muestreo *ad hoc*. Otra opción sería acudir a datos que pudieran proporcionar las compañías de seguros. En cualquier caso, todas estas opciones planteaban ciertos inconvenientes derivados de la limitación espacial y temporal de la muestra. Finalmente, se ha optado por realizar el análisis a partir de los pronunciamientos

¹ Este trabajo contiene parte de los resultados obtenidos a partir del desarrollo del proyecto de investigación "Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos", Ref. DER2011-22934, del que es investigador principal el Prof. Dr. Javier De Vicente Remesal, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Vigo, y de cuyo equipo investigador forman parte asimismo los coautores del trabajo.

judiciales que se han producido en esta materia. Más en concreto a partir de la recopilación de las sentencias penales dictadas por las Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo durante el período comprendido entre el año 2003 y el año 2012. De esta forma se puede obtener una muestra más amplia desde el punto de vista espacial, pues abarca todo el territorio español, y temporal, pues aseguramos un espectro que comprende toda una década. La dificultad que presenta esta decisión es que es necesario hacer una revisión de miles de sentencias dictadas en el período señalado por los órganos judiciales referidos, al no existir ninguna sistematización previa fiable que pueda servirnos para el objeto de estudio aquí planteado.

Se ha optado por seleccionar únicamente como tipo de resolución las sentencias emanadas de los órganos judiciales referidos, excluyendo otras resoluciones judiciales como los autos. Ello se ha debido principalmente a que los autos (por su propio objeto y finalidad) generalmente no incorporan datos suficientes del caso para su adecuada clasificación y tratamiento conforme a los fines del proyecto. En cuanto a las sentencias, la mayoría de ellas incorporan íntegramente el relato de hechos probados, con lo que resulta más sencilla la obtención de los datos necesarios. En los casos puntuales en que no figuraba el relato de hechos probados (pues así ocurre en ocasiones, cuando el tribunal en cuestión opta por indicar únicamente en cuanto a los hechos que “se aceptan íntegramente y se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia”, sin referirlos de manera expresa), se han seleccionado aquellas sentencias en las que, sin embargo, las referencias fácticas a lo largo de los fundamentos jurídicos eran suficientes para su sistematización conforme a los ítems de la base de datos.

Una de las dificultades advertida por los investigadores en cuanto a los órganos jurisdiccionales de origen de las sentencias era el posible solapamiento de casos en ambas instancias judiciales; es decir: que el mismo caso pudiera tener entrada en la base de datos tanto por el momento en que fue juzgado por la Audiencia Provincial, como, en su caso, resuelto en casación en el Tribunal Supremo; lo cual podría generar un margen de error en cuanto al número de casos registrados a la hora de obtención de resultados estadísticos. No obstante, se ha subsanado técnicamente esta cuestión, en la forma que se explica más adelante (*vid. infra* II.1).

Una vez identificada la fuente de la que obtener los datos (sentencias de la jurisdicción penal de Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo), metodológicamente

se ha procedido concretando el período y las especialidades médicas sobre las que se haría el estudio.

Nos limitamos al período 2003-2012 (ambos inclusive) y, exclusivamente, a tres especialidades médicas: Cirugía, Anestesiología y Obstetricia/Ginecología, abarcando tanto al personal médico en sentido estricto, como al personal de enfermería que interviene en tales servicios.

Para poder llevar a cabo la correcta sistematización de las sentencias, se ha procedido a la elaboración de una base de datos con el programa Microsoft Access, abriendo una ficha para cada sentencia. Cada ficha contiene una serie de datos que se pueden agrupar en tres grandes bloques. En un primer bloque, nos encontramos con datos técnicos que permiten identificar la sentencia en cuestión: Identificación de la sentencia (se trata de un número generado automáticamente para cada sentencia registrada), nombre del investigador (identifica al investigador que ha realizado el registro), fecha de la sentencia, link de enlace de la sentencia (se trata de un hipervínculo al formato electrónico de la sentencia), archivo de la sentencia (incorpora como archivo adjunto, en formato *pdf* o *word*, la sentencia registrada), tribunal (identifica el órgano judicial sentenciador), jurisdicción/procedimiento, especialidad médica central (identifica, de entre las especialidades referidas, aquélla que ha tenido más incidencias en el hecho enjuiciado), resultado producido (se trata de señalar si se ha producido la muerte del paciente o lesiones), fallo condenatorio penal o fallo absolutorio, sujeto condenado (de ser el caso). Un segundo bloque de datos, referidos a los errores, y que se han categorizado en: diagnóstico, medicamentos en la fase de prescripción, medicamentos en la fase de transcripción/validación, medicamentos en la fase de preparación, medicamentos en la fase de dispensación/almacenamiento, medicamentos en la fase de administración, medicamentos en la fase de seguimiento o vigilancia, errores de tratamiento (en general) del paciente, complicaciones en intervención y postoperatorias, errores de seguimiento del estado del paciente, errores de cirugía en lugar erróneo, confusión de paciente, olvido de cuerpos extraños en campo quirúrgico, errores de inyecciones, goteros (infusiones), extracción de sangre, errores en transfusiones sanguíneas, errores de anestesia independientes de la medicación, errores de anestesia, en la aplicación de medicamentos anestésicos. Y un tercer bloque, en el que se relacionan los factores que han podido provocar el error: factores individuales del paciente, del facultativo, del instrumental/equipamiento, dotación de personal

(staffing), de comunicación/documentación organizativos, acción formativa profesional (training), equipo de trabajo y trabajo en equipo, organizativos de tareas desde la dirección o gerencia, de orden o higiene (housekeeping).

A continuación se ha repartido el trabajo entre varios investigadores del proyecto de investigación. Cada investigador ha tenido que realizar una búsqueda de sentencias relacionadas con el ámbito médico para el período de tiempo que le fue asignado. Para dicho trabajo se han utilizado fundamentalmente las bases de datos de Westlaw, Tirant lo Blanch y La Ley, sobre todo en sus versiones “*on line*”, aunque no sólo. En dicha tarea cada investigador ha tenido que hacer una criba distinguiendo entre sentencias y autos, identificando las especialidades implicadas y, a continuación, leyendo en profundidad cada sentencia para sistematizarla adecuadamente en la base de datos diseñada. En la fase de sistematización, cada investigador ha tenido en cuenta que tanto en el bloque de “errores” como en el bloque de “factores” debía escoger el campo que más se ajustase al que aparecía en la sentencia que analizaba. A su vez, dentro de cada campo la base de datos generaba, por defecto, un desplegable con varios descriptores, entre los que el investigador debía escoger la opción más adecuada, pudiendo utilizar, eso sí, más de un campo dentro de cada bloque (ejemplo: en una sentencia nos encontramos que coexisten un error en el consentimiento con un error de tratamiento. En este caso, el investigador tendría que desplegar el campo “errores consentimiento” y escoger dentro de este campo el descriptor que correspondiese, y posteriormente desplegar el campo “errores tratamiento” y escoger dentro de este campo el descriptor que correspondiese).

Por tanto, el resultado del trabajo de investigación que aquí se presenta se concreta, por una parte, en la categorización de los errores y factores generadores de eventos adversos que han podido identificarse en la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo español y de las Audiencias Provinciales desde el año 2003 hasta el año 2012. Por otra parte, en la sistematización de los concretos supuestos de error (de los que se hayan derivado resultados lesivos o muerte del paciente).

La perspectiva prioritaria es, por tanto, la referida a la seguridad del paciente, y no la referida a la valoración jurídico-penal de las conductas de los profesionales sanitarios. En este sentido, tratamos como “error médico” las incidencias que a partir de la jurisprudencia de referencia se pueden explicitar como eventos adversos en el curso de la atención sanitaria, (independientemente de si el fallo jurisprudencial ha sido

condenatorio o absolutorio y de si en el caso concreto ha podido probarse o no la eficacia causal del factor concurrente con el resultado lesivo). En todos los casos se trata de conductas o intervenciones de personal sanitario, por lo que no son objeto de atención los supuestos de intrusismo profesional. Igualmente, debido a la finalidad del trabajo, quedarán excluidos los supuestos de responsabilidad penal médica por conductas que no tienen incidencia directa en la seguridad del paciente (falsificación de recetas, certificados, etc.).

II. SISTEMATIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PENAL ATENDIENDO A LOS ERRORES CONCURRENTES Y RESULTADOS ESTADÍSTICOS

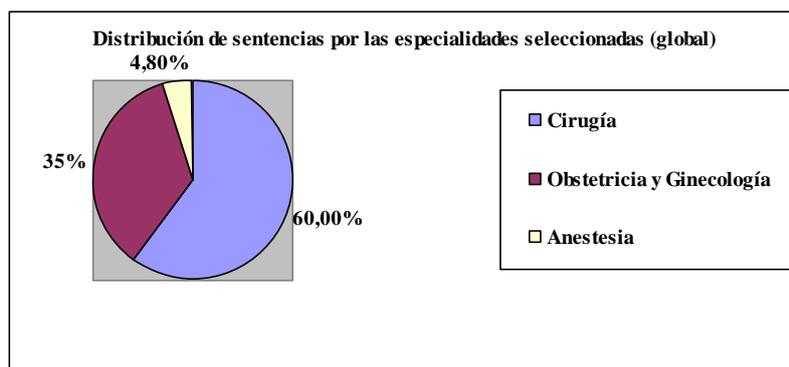
1. Introducción

El número de sentencias recopiladas que se ajustan a los parámetros antes señalados -sentencias penales del TS y AP, período 2003 a 2012, tres especialidades (Cirugía, Obstetricia y Ginecología, Anestesia)- es inicialmente de 106. De ellas, sólo 3 emanan del TS, y respecto de éstas se ha comprobado si el caso concreto no estaba ya registrado por haber sido previamente resuelto por la AP en el mismo período de tiempo de estudio. Ello ocurría con sólo uno de los ejemplos. Se trata de la STS 27-12-2009 que resuelve en casación el supuesto de la SAP Valencia de 14-5-2007, en la que el anestesista infecta masivamente de hepatitis C a pacientes que iban a ser operados, al utilizar el mismo material que usaba para inyectarse él parte de la anestesia utilizada en dichas operaciones. A la vista de ello, y para evitar la duplicidad de registros de un mismo caso, se ha optado por mantener únicamente la SAP Valencia, eliminando la STS². En consecuencia, el número final de sentencias seleccionadas para su tratamiento es de 105.

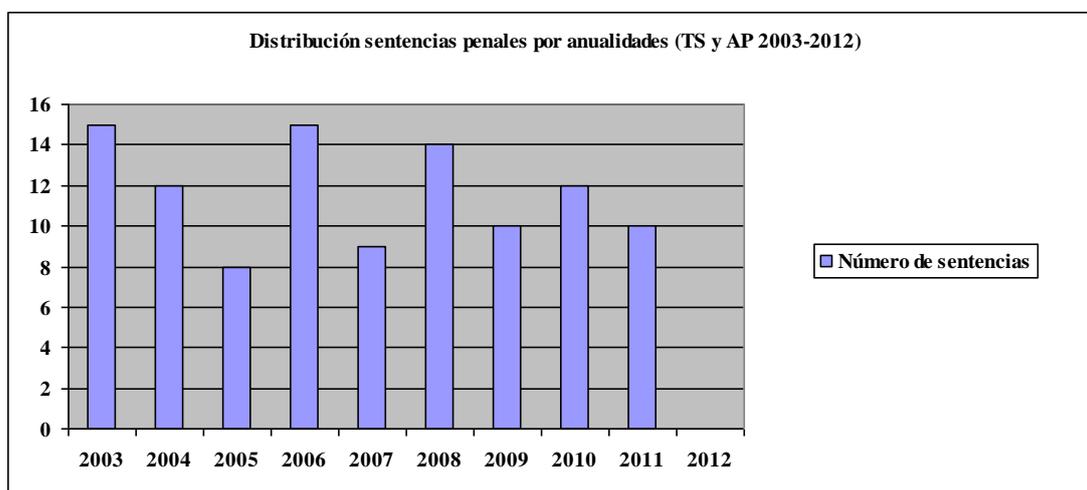
Estas sentencias constituyen la muestra sobre la que se realiza este análisis y de la que se extraen los principales resultados del presente trabajo de investigación.

De las 105 sentencias, 63 son sentencias en las que la especialidad central es cirugía, 37, obstetricia y ginecología, y 5, anestesia.

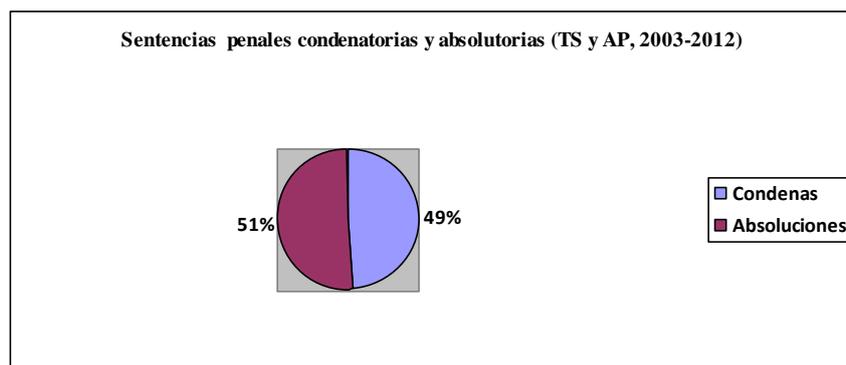
² Ello se justifica porque la SAP Valencia hace un análisis más exhaustivo del caso, mientras que el TS se pronuncia exclusivamente sobre los motivos de casación alegados por las partes. Por lo demás, el TS mantiene el pronunciamiento penal condenatorio del facultativo, modificando únicamente determinadas cuantías indemnizatorias en concepto de responsabilidad civil derivada del delito.



Si nos fijamos en la distribución por años, de los casos recopilados, llama la atención que no se ha generado ningún registro en el año 2012. En las restantes anualidades, los casos oscilan entre 8 y 15; lo que arroja una media aproximada de entre 11 y 12 casos anuales.



Atendiendo a datos genéricos es importante advertir que de las 105 sentencias que constituyen la muestra son 51 las que terminan con un fallo condenatorio, lo que representa un porcentaje del 48,6 %. De entre estas sentencias, 13 condenan por imprudencia grave, 21 por imprudencia leve y 16 terminan calificando la responsabilidad penal como imprudencia profesional. Por último, 1 sentencia condena al profesional sanitario en concepto de dolo (caso del contagio múltiple de hepatitis por parte del anestesista).



La distribución absoluta de condenas por especialidades sería la siguiente: de las 51 condenas, 38 se dan en cirugía, 10 en obstetricia y ginecología y 3 en anestesia.

Si analizamos la distribución relativa de condenas por especialidades, resulta que en el caso de cirugía, los pronunciamientos condenatorios representan un 60,3 % del total de casos registrados en dicha especialidad (38 casos de 63). En obstetricia y ginecología se observa un 27% de incidencia de condena en esta especialidad (10 casos de 37). En anestesia, de los 5 casos recogidos, 3 son de condena, lo que arrojaría un porcentaje del 60 % de incidencia de condena en esta especialidad (aunque por la escasez de la muestra en este caso, entendemos que el dato no puede entenderse como concluyente).

Por tanto, puede afirmarse que, según los datos analizados, se registra una mayor incidencia de condenas en la especialidad de cirugía que en la especialidad de obstetricia y ginecología; a pesar de que el porcentaje de resultados mortales es mayor en los casos de obstetricia y ginecología (40,5 %) que en los casos de cirugía (33,3 %).

2. Errores de diagnóstico y de tratamiento

A efectos de análisis vamos a abordar los casos de errores de diagnóstico y de tratamiento de forma conjunta. Como veremos, ambas clases de error son más numerosas que ninguna otra y, en no pocos casos, la clasificación de una sentencia en uno u otro apartado no es del todo clara. Por poner un ejemplo, cualquier error de diagnóstico podría a su vez definirse como error de tratamiento -por aplicación tardía o inexistente de la intervención terapéutica adecuada, o por la aplicación del tratamiento equivocado correspondiente al diagnóstico fallido-. En los datos que arroja la muestra, de un total de 44 entradas que seleccionan error de diagnóstico, 16 casos seleccionan, además, un error de tratamiento.

También conviene advertir aquí que lo habitual es que la jurisprudencia penal considere que, siendo la Medicina una ciencia por definición inexacta que comporta indudables riesgos en su ejercicio, el error en este ámbito es fácil, concluyendo, por lo general (y salvo casos excepcionales), que las conductas enjuiciadas son atípicas cuando obedezcan a un error de diagnóstico. Ahora bien, la inclusión de los supuestos de error de diagnóstico en el trabajo está justificada por las razones expuestas anteriormente.

De las 105 sentencias analizadas son 44 las que se han clasificado como supuestos de **errores de diagnóstico**, lo que representa un 41,9 % sobre el total. Sin lugar a dudas, como quedará demostrado cuando se analicen los demás supuestos de error, los casos con errores de diagnóstico son la mayoría de los supuestos que llegan a los tribunales. De ellos, el más frecuente es el que se describe como interpretación errónea de un cuadro clínico (16 casos), seguido del error consistente en no realizar suficientes pruebas o a realizar pruebas superficiales u obsoletas (14 casos). También destacan los supuestos de diagnóstico tardío o con retraso (11 casos), mientras que son menos frecuentes los supuestos en los que no se realizan nuevas pruebas ante diagnósticos iniciales erróneos (3 casos).

Si analizamos la incidencia de condenas penales en casos de apreciación de error de diagnóstico, observamos que no llega a la mitad de los casos (sólo un 40,9 % de los casos catalogados en este ítem finalizan con sentencia condenatoria); apreciándose una frecuencia relativa de condenas mayor en el caso de interpretación errónea de un cuadro clínico (43,8 %), que en los supuestos de diagnóstico tardío y de pruebas insuficientes, superficiales u obsoletas (36,4 % y 35,7 % respectivamente).

Por su parte, no es nada desdeñable la cifra de **errores de tratamiento**, pues de las 105 sentencias analizadas son 32 las que presentan un error de esta clase, lo que viene a representar un 30,5 % sobre el total. A su vez, el error de tratamiento más abundante es el que consiste en la aplicación de una terapia o un procedimiento equivocado (19 casos). Son también abundantes los supuestos en los que el error tiene que ver con una aplicación en exceso tardía de la terapia o procedimiento requerido por el paciente (10 casos). Finalmente no son muchos casos en los que directamente se omite aplicar la terapia o el procedimiento médico (3 casos).

3. Errores relativos al consentimiento informado del paciente

En un segundo grupo de estudio recogemos los vicios en la información (referidos a la información al paciente, y no a defectos de comunicación entre los profesionales). El número de casos que llegan a los tribunales por actuación de los profesionales sanitarios sin contar con el consentimiento válido del paciente es escaso. Se han constatado un total de 10 supuestos entre las 105 sentencias recopiladas, lo que apenas representa un 9,5%. La gran mayoría de errores en relación con el consentimiento se deben a no aportar toda la información requerida, es decir, a problemas con el contenido de la información, siendo ésta incompleta (8 casos). Son insignificantes los casos de errores en relación con la forma de informar (un caso) y sólo se constata un caso de deficiencias o errores en relación con la información terapéutica.

4. Errores relativos al medicamento

En un tercer grupo incluimos los supuestos relativos a error con el medicamento. La sistematización contemplada en la base de datos es realmente exhaustiva, pues se categorizan con sumo detalle distintas clases de error vinculadas al medicamento. Sin embargo, los casos que terminan en sentencia en la jurisdicción penal ponen de manifiesto que poco tienen que ver con equivocaciones relacionadas con la prescripción de fármacos, con su preparación o con su administración. Sólo se ha encontrado en la muestra analizada una sentencia en la que se constata una selección errónea de medicamento.

El análisis provisional que hacemos de este dato es que probablemente los errores y eventos adversos relacionados con la medicación tienen mayor incidencia en otras especialidades médicas que no han sido objeto de estudio aquí. Por otro lado, en el caso de la especialidad de anestesiología, los supuestos de errores o eventos adversos en la aplicación de medicamentos anestésicos reciben metodológicamente un tratamiento autónomo por su propia especificidad (si bien hay que reconocer que en los escasos supuestos analizados de esta especialidad – sólo 5- ninguno de ellos registra específicamente errores en la aplicación de medicamentos anestésicos).

Asimismo, en el caso de la sangre (que normativamente tiene la consideración de medicamento cuando se utiliza con finalidad terapéutica³), los errores referidos a

³ Art. 46 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

transfusiones sanguíneas se catalogaron en la investigación de manera independiente.

5. Errores en el marco de intervenciones quirúrgicas

Por último, en un cuarto grupo podemos incluir todos aquellos errores que tienen que ver con intervenciones quirúrgicas, en cualquiera de sus fases. En total se han contabilizado 29 casos en los que se presentan **complicaciones a lo largo de la intervención quirúrgica o en el postoperatorio**, es decir, un 27,6 % de los casos totales. La mayor parte de estos eventos adversos se producen por complicaciones imprevistas posteriores a la intervención (18 casos), pero un número también elevado es el de la falta de control de las complicaciones durante la intervención (10 casos). Sólo en un caso se observa falta de previsión de una complicación operatoria.

Es interesante destacar que, entre los supuestos de falta de control de una complicación durante la intervención sólo 3 de ellos (del total de 10) se refieren en la especialidad médica central de cirugía; otros 2 a la especialidad de anestesiología, y los 5 restantes a la especialidad de obstetricia y ginecología (en todos ellos, intervenciones de parto o cesárea).

Son relevantes también los supuestos de eventos adversos provocados por llevar a cabo **cirugías en partes corporales equivocadas** del paciente (8 casos), así como por **olvido de cuerpos extraños en el campo quirúrgico** (9 casos). En relación con las cirugías en lugar erróneo, nos encontramos con supuestos de cirugía de columna en lugar equivocado (1 caso), intervención uretral equivocada (1 caso), resección de órgano equivocado (4 casos) y, por último, resección equivocada de extremidad inferior (2 casos). Respecto al olvido de cuerpos extraños en el campo operatorio, se producen tanto por olvido de gasas, torundas⁴, compresas y tampones (5 casos), como por olvido de instrumental quirúrgico como pinzas, tijeras, etc. (4 casos).

III. SISTEMATIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PENAL ATENDIENDO A LOS FACTORES CONCURRENTES. RESULTADOS ESTADÍSTICOS

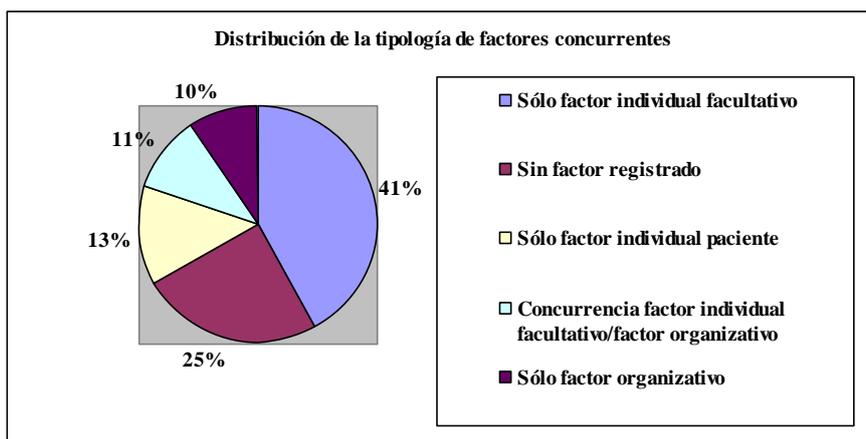
Un aspecto esencial del trabajo que aquí se presenta es que la sistematización de las sentencias y su posterior análisis no se realiza atendiendo exclusivamente al error o a los errores que concurren en cada caso, sino que se trata de identificar también el factor o los factores que han incidido en la producción de dicho error. Esta tarea no siempre

⁴ Según el Diccionario de la RAE, la torunda se define como “clavo de hilas que se deja en la herida para facilitar la supuración” y “pelota de algodón envuelta en gasa y por lo común esterilizada, que se usa con diversos fines en curas y operaciones quirúrgicas”.

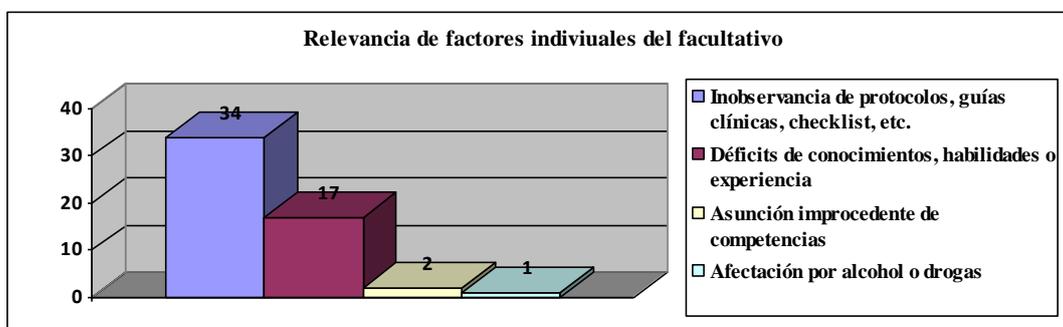
resulta sencilla, pues en ocasiones no es posible identificar en concreto el factor explicativo de la producción del error o evento adverso. Así ocurre que en la muestra con la que hemos trabajado, se recogen un total de 26 entradas en las que el/la investigador/a no ha podido seleccionar ningún factor concurrente por falta de datos en la propia sentencia. Sorprende que, entre estos casos, figuren por ejemplo dos de error de cirugía en lugar erróneo (resección de órgano equivocado) y uno de olvido de cuerpos extraños en campo quirúrgico; pues pareciera que en este tipo de errores (pudiéramos decir estrepitosos) debería ser más fácil que en otros la identificación de los factores desencadenantes. En los restantes 79 casos sí se ha podido registrar al menos un factor concurrente relacionado con el evento adverso.

La sistematización de los factores se puede dividir en tres grandes grupos. En el primero de ellos se registran los factores individuales del paciente (derivados de la propia enfermedad o de la comunicación con el paciente). En segundo lugar se identifican factores individuales del facultativo y, por último, se pueden agrupar factores de carácter organizativo. A los fines de esta presentación de resultados, nos interesan especialmente estos dos últimos grupos (individuales del facultativo u organizativos). Por otro lado, puede dejarse apuntado que sólo son 14 los casos en que el evento adverso se atribuye en exclusiva a factores individuales del paciente.

Analizando los otros dos grupos, lo primero que llama la atención es que son más numerosos los casos en los que el evento adverso se atribuye a un factor individual del facultativo que a factores organizativos. Buscando las grandes cifras nos encontramos con que en 55 casos se han identificado factores individuales del facultativo que han podido incidir en la producción del evento adverso (52,4 %), de los cuales, sólo en 11 supuestos se registra, además, al menos un factor organizativo concurrente. Por tanto, el porcentaje de supuestos en que el evento adverso se vincula exclusivamente a factores individuales es del 41,9% (44 supuestos), frente a un 9,5 %, en que el error o evento adverso se vincula exclusivamente a factores de carácter organizativo (10 casos).



Un análisis en detalle de estos números revela que la mayor parte de los supuestos en los que el evento adverso se atribuye (en exclusiva o de manera concurrente con otros) a un **factor individual del facultativo**, se identifica o bien con la inobservancia en el ejercicio de las funciones médico-sanitarias de protocolos, guías clínicas, checklist, etc. (34 casos), o bien a un déficit en conocimientos, habilidades o experiencia por parte de algún profesional sanitario (17 casos). Sólo en dos ejemplos se registra la asunción impropia de competencias; y únicamente hay un ejemplo de afectación por el alcohol o las drogas; así como un ejemplo de desobediencia o desatención a órdenes o instrucciones.

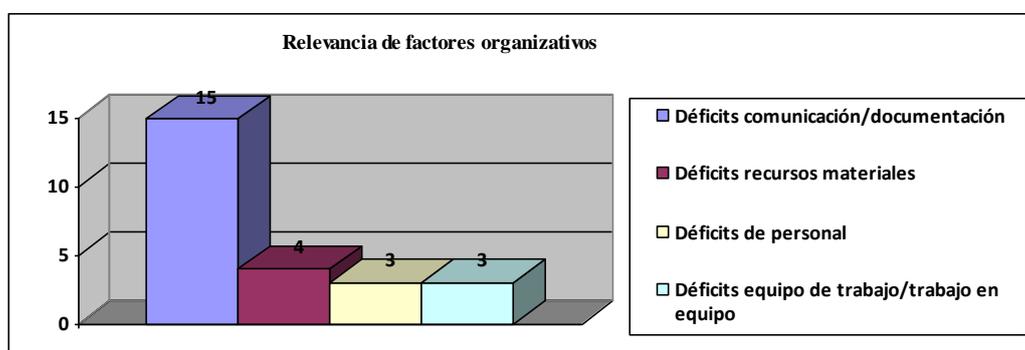


Si nos fijamos en los **factores organizativos**, observamos que éstos están presentes (de manera exclusiva o bien concurriendo con otros factores individuales) en un total de 21 casos, lo que representa un 20 % del total de la muestra. Consideramos que éste es un porcentaje relativamente bajo si se compara con otros estudios que cifran el porcentaje de eventos adversos debidos a factores de carácter sistémico-organizativo en torno al 50%⁵. Creemos que ello puede deberse a que, si bien en muchas ocasiones

⁵ Vid. DE VICENTE REMESAL, J., Sistematización de errores médicos y factores latentes de riesgo (un instrumento para el análisis de la jurisprudencia y de otras fuentes), Revista de Derecho Penal, nº 39, 2013, 62.

los factores de carácter individual o personal son consecuencia de los organizativos⁶, sin embargo, los primeros (individuales) son los más visibles e inmediatos con el resultado lesivo, mientras que la identificación de los segundos requiere un análisis más profundo y de mayor espectro, que no siempre se lleva a cabo. Y consideramos que esto puede verse acentuado en esta parte de nuestro estudio, al tratarse aquí de sentencias exclusivamente penales, cuyo cometido es pronunciarse exclusivamente sobre la responsabilidad (penal) individual.

Del estudio realizado, se deriva que entre los factores organizativos que determinan (o co-determinan) la producción del error destacan los que tienen que ver con déficits en la comunicación o verificación de la documentación (15 casos: 10 casos de fallos de comunicación dentro del equipo médico y 4 de fallos de comunicación o documentación intersectorial. Sólo se aprecia un caso de error de comunicación o documentación de gerencia o dirección). Son escasos, aunque no pueden dejar de mencionarse los que se deben a una falta de recursos materiales, bien por falta de instrumental o equipamiento (4 casos), los debidos a falta de personal (3 casos) y los referidos al equipo de trabajo o al trabajo en equipo (3 casos).



Puede destacarse que a pesar de que la metodología de investigación permitía una selección múltiple de factores (en este caso organizativos, con independencia de la posible concurrencia también con un factor individual), sólo se han registrado dos ejemplos en los que se aprecia más de un factor organizativo, y curiosamente en estos dos casos no se aprecia además ningún factor individual del facultativo. De los 19 casos restantes en que se aprecia un único factor organizativo, son 8 los supuestos en que tal

⁶ Por ejemplo, los errores relacionados con déficits de conocimientos, habilidades o experiencia del facultativo podrían asimismo contemplarse como errores sistémico-organizativos cuando aquellas deficiencias fueren atribuibles al incumplimiento de implementación de acciones formativas del personal médico.

factor es el único apreciado, mientras que en los restantes 11 concurre con un factor individual del facultativo.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis de la jurisprudencia penal recopilada y sistematizada se puede concluir que resulta relativamente sencillo en muchos de los casos explicitar el error médico (o sucesivos o concurrentes errores médicos) que ha desencadenado el resultado lesivo para el paciente, aunque ya no lo es tanto categorizarlo de una forma clara y, sobre todo, unívoca. Por otro lado, resulta en cierto modo llamativo que, pese a la diferencia temporal de los hechos enjuiciados y al consiguiente avance de la práctica médica en este tiempo, existen muchos supuestos cronológicamente dispares que pueden considerarse similares, por lo que es de suponer que los errores médicos no disminuyen paulatinamente al compás de las mejoras en los avances científicos aplicables al campo médico-sanitario.

A partir de la sistematización realizada, se puede concluir que el mayor número de errores se puede observar en lo que hemos denominado errores de diagnóstico y/o tratamiento, con un total de 60 casos sobre el total de 105 sentencias que constituyen la muestra, lo que representa una incidencia del 57,1 % sobre el total. De ellos, 16 son supuestos en los que concurren error de diagnóstico y de tratamiento; siendo 28 los casos en que el error de diagnóstico no va acompañado de error de tratamiento, y 16 los casos en que se aprecia un error de tratamiento sin error de diagnóstico.

Los errores de diagnóstico más representados son los de interpretación errónea de un cuadro clínico (16 casos), seguidos de los supuestos de realización de pruebas insuficientes, superficiales u obsoletas (14 casos) y en tercer lugar los de diagnóstico tardío o con retraso (11 casos).

De los 44 casos en que se registra error de diagnóstico, sólo en 20 de ellos se identifica un factor individual del facultativo sin factor organizativo concurrente; si bien en 4 de ellos sí se aprecia, junto a aquél, un factor individual del paciente. Ello permite concluir que del total de casos de error de diagnóstico (44) sólo un 36,4 % de ellos (16 casos) se atribuyen en exclusiva a un factor individual del facultativo. Sin embargo, los errores de diagnóstico apenas en un 9 % de los casos (sólo en 4 de ellos) se vinculan con factores de carácter organizativo.

En lo que se refiere a los errores de tratamiento, de las 105 sentencias analizadas son 32 las que presentan un error de esta clase. El error de tratamiento más abundante es el que consiste en la aplicación de una terapia o un procedimiento equivocado (19 casos), seguido de la aplicación demasiado tardía de terapia o procedimiento (10 casos).

De los 32 casos en que se registra error de tratamiento, son 16 aquellos en que se identifica un factor individual del facultativo sin factor adicional concurrente. De ello se deriva que en el 50% de los casos, el error de tratamiento se atribuye en exclusiva a factores individuales del facultativo. Por tanto, puede concluirse que los errores de tratamiento se atribuyen exclusivamente al facultativo en mayor medida que los de diagnóstico.

Por su parte, los factores organizativos están presentes – con carácter exclusivo, o concurriendo con factores individuales del paciente o del facultativo⁷ - en el 18,8 % de los casos (6 casos). Por tanto, puede concluirse que la incidencia de factores organizativos es mayor en los errores de tratamiento que en los de diagnóstico.

El número de casos que llegan a los tribunales penales por actuación de los profesionales sanitarios sin contar con el consentimiento válido del paciente es escaso. Se han constatado un total de 10 supuestos entre las 105 sentencias recopiladas.

Los errores de medicamento son numéricamente insignificantes, pues se ha registrado un único caso en el total de la muestra, a diferencia de los eventos adversos que se producen en el marco de operaciones quirúrgicas (29 casos), que suponen el 27,6 % del total.

Respecto a los factores que inciden en la producción de los eventos adversos *supra* referidos hay que advertir que predominan los de naturaleza individual, atribuibles a un solo profesional sanitario, que los de naturaleza organizativa. El porcentaje de supuestos en que el evento adverso se vincula exclusivamente a factores individuales es del 41,9% (44 supuestos), frente a un 9,5 %, en que el error o evento adverso se vincula exclusivamente a factores de carácter organizativo (10 casos). Es asimismo escaso el porcentaje de casos (un 10,5 % del total) en que el factor individual del facultativo concurre con un factor organizativo.

⁷ De los 6 casos, en 3 de ellos sólo se aprecia el factor organizativo; en otros 2 supuestos el factor organizativo concurre con un factor individual del paciente, y en el caso restante el factor organizativo concurre con un factor individual del facultativo.

Y ello es aún más llamativo si se tiene en cuenta que el factor individual más representado es la inobservancia de protocolos médicos de actuación.

En cuanto a los factores organizativos que determinan la producción de un evento adverso, la mayor parte de supuestos se producen por problemas en la comunicación (especialmente, dentro del equipo médico), y no resultan muy significativos los eventos adversos que tienen su origen en la falta de recursos materiales o humanos, al menos para el período objeto de estudio.

* * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María 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).

~Aspectos jurídicos de los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en el ámbito sanitario*~

I. LAS POLÍTICAS DE CALIDAD ASISTENCIAL EN LOS PAÍSES DESARROLLADOS

Las políticas sanitarias de los gobiernos de los países desarrollados vienen dedicando desde hace unos años importantes esfuerzos a las acciones de calidad, destinadas a lograr una mejor atención sanitaria de sus ciudadanos.

Por otro lado, un adecuado nivel de calidad en la prestación sanitaria constituye, además, un factor decisivo para elevar el nivel de satisfacción de los pacientes, así como un estímulo importante para generar en ellos un mayor grado de confianza en el sistema sanitario del país en general y en los profesionales médico-sanitarios, en particular. Calidad y confianza están, pues, indisolublemente unidos. Para favorecer este clima es imprescindible, entre otros factores, promover la información y transparencia del sistema en relación con los pacientes y usuarios.

Otro de los factores que puede contribuir con gran eficacia a elevar la calidad asistencial así como los otros efectos vinculados acabados de señalar es, desde luego, la mejora de la seguridad de los pacientes. Reforzar la seguridad pasa necesariamente por el establecimiento de estrategias encaminadas a prevenir errores y fallos evitables en la práctica asistencial, generando una sensación real de seguridad, especialmente cuando aquellos pueden ocasionar graves daños para la salud y la vida de los pacientes. En efecto, como es sabido, la práctica asistencial tiene un componente iatrogénico relativamente significativo, el cual puede dar lugar a secuelas permanentes en el paciente. Algunas de éstas pueden parecer inevitables y consustanciales a determinadas prácticas que por su naturaleza y objetivos, a veces vitales para el paciente, presentan

* El presente estudio se basa en un informe anterior elaborado por el autor y el Prof. Dr. Asier Urruela Mora, con la colaboración de la Dra. Arantza Líbano Beristain, por encargo el Ministerio de Sanidad y Política Social, El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales, publicado *on line*. También ha sido publicada una monografía conjunta: ROMEO CASABONA, C. M. / URRUELA MORA, A., El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales, Ed. Comares, Granada, 2010, y diversos artículos en coautoría o por separado.

una particular agresividad (p. ej., los tratamientos quimioterapéuticos o de radiaciones para combatir o prevenir el cáncer). Sin embargo, otras secuelas podrían haber sido evitadas de haber dispuesto de mejores procedimientos para detectar, identificar y prevenir riesgos, mediante el establecimiento de protocolos de actuación ante situaciones ya conocidas y descritas en la literatura especializada.

En este sentido, un somero examen de las sentencias de los tribunales de justicia españoles de los diversos órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo, social)¹, muestra con toda claridad cómo muchos de los hechos objeto del litigio eran previsibles, no sólo por el profesional encausado, sino también por la propia organización sanitaria, y la gran mayoría de ellos hubieran podido evitarse de haber adoptado medidas de prevención adecuadas, muchas veces de carácter universal.

Por consiguiente, el desarrollo de prácticas de seguridad del paciente no es sino dar pasos a favor de la elevación de la calidad asistencial. Desde esta perspectiva, las prácticas de seguridad se han convertido también en una materia prioritaria dentro de las políticas de calidad de los gobiernos señaladas. Una de estas prácticas de seguridad se basa en la creación de sistemas de notificación y registro de eventos adversos. A ello voy a dedicar esta presentación.

II. LA CREACIÓN DE SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS COMO MEDIDAS DE APRENDIZAJE Y DE PREVENCIÓN

Como sistema preventivo de la producción de eventos adversos durante el proceso asistencial que podrían dar lugar a daños al paciente, en ocasiones penalmente punibles, se han desarrollado en algunos países sistemas de notificación y registro de eventos adversos. Mediante este sistema se trataría de detectar lo más precozmente posible, focos de funcionamiento deficiente o inadecuado de intervenciones, acciones, aparatos o instalaciones, corrigiendo los mismos, pero dentro de una estructura ajena e independiente de cualquier procedimiento, administrativo o judicial, que pudiera estar encaminado a la sustanciación de responsabilidades por parte de los profesionales.

La disponibilidad de un sistema de notificación y registro de eventos adversos en relación con la seguridad del paciente se está convirtiendo a gran velocidad en una de

¹ V. más ampliamente sobre esta cuestión, con abundantes referencias de sentencias de los tribunales españoles sobre responsabilidad médico-sanitaria, ROMEO CASABONA/URRUELA MORA (2010), 25 y ss.; GUERRERO ZAPLANA (2004), 57 y ss.

las metas prioritarias e irrenunciables de los sistemas de salud de los países avanzados tecnológica y socialmente, con el fin de detectar, conocer, estudiar y prevenir la aparición de aquéllos con perjuicios graves para la salud o la vida de los pacientes, de otros usuarios y del propio personal del sistema de salud. En efecto, la experiencia en otros estados revela la paulatina asunción de apuestas, decididas y ambiciosas, en favor de procedimientos de comunicación de eventos adversos en los sistemas sanitarios, en los cuales existe una variedad de modelos merecedores de estudio, y al mismo tiempo demuestra que las claves de tales sistemas radican en diversos rasgos predominantes, como son el carácter no punitivo de los mismos, su orientación exclusiva al aprendizaje sobre seguridad y a la formación de los profesionales sanitarios, así como a la prevención de errores.

En resumen, los sistemas de notificación persiguen estos objetivos principales:

- Elevar la calidad asistencial de los ciudadanos a través del sistema sanitario (público o privado), incrementando acciones de seguridad para los usuarios y los profesionales médico-sanitarios.
- Disminuir a límites más aceptables los eventos adversos, y las consecuencias que puedan derivarse para la vida personal, familiar y laboral de los pacientes y de los profesionales médico-sanitarios.
- Prevenir procesos judiciales de responsabilidad por malpraxis contra los profesionales o el propio sistema sanitario.
- Reducir los costes económicos que generan los eventos adversos, tanto en relación con la ampliación de la prestación asistencial y prolongación permanencia en el centro sanitario como con las indemnizaciones correspondientes, que se encarecen considerablemente si ha mediado un proceso judicial.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

Tanto el derecho comparado como el internacional revelan la expansión que están experimentando los sistemas de notificación de eventos adversos y la prioridad que se está otorgando a su implantación en el marco de las políticas de seguridad orientadas a la calidad, a la vez que el importante papel que tales sistemas desempeñan en el aprendizaje de los profesionales y en el establecimiento de pautas comunes con el fin de prevenir daños a los pacientes vinculados con la prestación asistencial.

En el Derecho comparado contamos ya con algunas referencias normativas significativas, como son las leyes específicas sobre la materia en Dinamarca², Australia³ y un buen número de Estados de la Unión⁴, aparte de algunos documentos europeos que han ejercido una notable influencia⁵. Otros países han incorporado en sus programas de salud respectivos diversas variantes de este sistema de notificación y registro, como Suecia, Alemania y Portugal. Como se verá en otro lugar, España ha optado también por este último sistema y varias Comunidades Autónomas lo han puesto en marcha en coordinación con el Ministerio de Sanidad.

Por su parte, y ya en el ámbito internacional, el Consejo de Europa se ha pronunciado sobre esta cuestión: a través de la Recomendación del Comité de Ministros sobre la gestión de la seguridad de los pacientes y de la prevención de los eventos no deseables en los cuidados de salud, de 2006⁶. En este documento se recomienda a los gobiernos de los estados miembros que promuevan el desarrollo de un sistema de notificación de los incidentes relativos a la seguridad de los pacientes, con el fin de mejorarla gracias a las enseñanzas obtenidas de los incidentes.

Asimismo, se marcan las características definatorias del sistema de notificación y registro:

- No punitivo y justo en su finalidad.
- Independiente de otros mecanismos de regulación.
- Que incentive a los médicos y al personal de salud a identificar los incidentes de seguridad, mediante un procedimiento voluntario, anónimo y confidencial.
- El sistema ha de permitir la recogida y el análisis a nivel local de las relaciones de los eventos no deseables y, en caso de necesidad, su registro a nivel regional o nacional, con el objetivo de mejorar la seguridad de los pacientes.

² Act on Patient Safety, 2003.

³ Por decisión del Ministro de Sanidad australiano de 2006, el AIMS (Advanced Incident Management System) queda cubierto como actividad ligada con el aseguramiento de la calidad de los sistemas de salud de la Health Insurance Act de 1973 (en su Título VC). Debe destacarse asimismo, la actividad desplegada en este sector por la APSF, Fundación Australiana para la Seguridad del Paciente.

⁴ Committee on Quality of Health Care in America, Institute of Medicine, *To Err Is Human: Building a Safer Health System*, 1999.

⁵ Así, National Patient Safety Agency: *an introduction*, 2004; la Declaración de Luxemburgo de la Asociación de Médicos Europeos sobre Seguridad del paciente de 2005; *Governments and Patient Safety in Australia, the United Kingdom and the United States: A Review of Policies, Institutional and Funding Frameworks, and Current Initiatives: Final Report*, Canada, 2002.

⁶ Recommendation Rec(2006)7 of the Committee of Ministers to member states on management of patient safety and prevention of adverse events in health care, de 28 de mayo de 2006.

- Facilitará la participación de los pacientes y sus allegados, así como de todos los prestatarios de asistencia sanitaria respecto de las actividades relativas a la seguridad de los pacientes, incluyendo la notificación de incidentes que afectan a la seguridad del paciente.

Por otro lado, la Recomendación alienta la cooperación a nivel internacional para la puesta en marcha de una plataforma de intercambio de experiencias y de conocimientos sobre todos los aspectos de la seguridad en materia de cuidados de salud.

La Recomendación consta de un Anexo, en el cual se establecen los asuntos que afectan al marco jurídico. A este respecto se señala que las aproximaciones jurídicas relacionadas con un sistema de notificación de incidentes relativos a la seguridad de los pacientes deberán:

- Dar lugar a la puesta en marcha de políticas y de mecanismos locales y nacionales que permitan una evaluación explícita y en el plazo deseado de la naturaleza del incidente. Asimismo, deberá determinarse el tipo de incidente que ha de ser notificado en el marco de un tal sistema y ante qué persona y organismo.
- Impulsar a todos los profesionales sanitarios a recibir, registrar y analizar las declaraciones de incidentes relativos a la salud de los pacientes, con el fin de mejora de la seguridad y del tratamiento de los mismos.
- Asegurarse de que las notificaciones de incidentes relativas a la salud de los pacientes, atribuibles a personas específicas, pueden ser intercambiadas en el seno del grupo responsable a nivel local del Análisis de Causas Raíz.
- Asegurarse que las notificaciones de incidentes relativas a la seguridad del paciente pueden ser transmitidas a bases de datos clínicas y a otros registros con el fin de incorporar la información para, de esta manera, aumentar la documentación y mejorar la calidad en el ámbito de la seguridad del paciente.
- Vigilar para que los procedimientos mencionados respeten el secreto profesional y las reglas relativas a a protección de datos, previendo, por ejemplo, que las informaciones sean consignadas en un registro de manera anónima.
- Asegurarse de la confidencialidad del procedimiento de notificación, es decir, vigilar que la identidad de los profesionales de la salud o del paciente que se encuentra al origen de la notificación no sean divulgados a los pacientes o al

público. En tanto que el suceso lleva al análisis o al aprendizaje, los nombres de las personas implicadas pueden ser divulgados a nivel local (es decir, en el ámbito de una institución).

- Garantizar la protección jurídica de los profesionales de la salud que se encuentran en el origen de la notificación, impidiendo que sean objeto de investigaciones o de medidas disciplinarias por parte del empleador o de represalias en forma de controles o sanciones penales por parte de los tribunales.
- Las respuestas a las preguntas sobre cuándo, por quién y cómo debe realizarse la notificación no deberían quedar a la libre elección o a decisiones tomadas al azar, sino derivar de políticas establecidas y fundadas.

Por último se pone de manifiesto que las aproximaciones jurídicas al derecho de los pacientes deberían:

- Asegurar que las quejas, críticas o las sugerencias emitidas por pacientes o por sus representantes son tomadas en serio y tratadas de manera apropiada.
- Garantizar que los pacientes son inmediatamente informados de la existencia de un evento no deseado y de todo suceso registrado en su dossier.
- Asegurar que los pacientes que han sufrido perjuicios como consecuencia de un incidente relativo a la seguridad puedan beneficiarse de una indemnización económica.
- Garantizar la existencia de un sistema de control suficiente y eficaz para identificar y gestionar los casos de fallos profesionales.
- Tomar en consideración que todo incidente puede tener múltiples consecuencias jurídicas, según su naturaleza y su gravedad, o derivadas de las relaciones causales entre el proceso curativo y un evento adverso.

La Recomendación acepta que puede resultar difícil establecer un sistema de notificación de incidentes relativos a la seguridad de los pacientes sin comprometer los derechos de estos últimos. No obstante, si la ciudadanía está dispuesta a aceptar la existencia de un sistema de notificación confidencial, anónimo y no punitivo, hace falta, en contrapartida, que aquélla tenga asegurada la protección de sus derechos. La existencia de un sistema de quejas transparente y equitativo, otro de indemnizaciones justo y adaptado, y de control eficaz y fiable debería facilitar el proceso y convertirlo en

políticamente más aceptable. Promover una cultura que no busca culpabilizar a nadie no tiene por objeto reducir la protección jurídica efectiva de los pacientes.

Finalmente, la Recomendación trata de suministrar las claves técnicas y jurídicas para la implantación de un sistema de notificación de eventos adversos en los países miembros del Consejo de Europa, aludiendo a las exigencias de confidencialidad de los datos notificados, al carácter anónimo de los mismos una vez se incorporen a registros, a la posición jurídica del notificante y rechaza toda represalia tanto en la esfera laboral como judicial (p. ej. penal) originada en la notificación.

IV. ASPECTOS JURÍDICOS ESENCIALES PARA LA CREACIÓN DE UN SISTEMA NACIONAL DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS

1. La necesidad de un marco legal específico

La primera reflexión que se plantea es la relativa a la importancia de un marco normativo específico. La respuesta a nivel comparado no es unánime, pero se dispone ya de ejemplos muy significativos que han sido mencionados más arriba.

El establecimiento por vía legal del sistema ha dado lugar a garantizar un determinado status a las notificaciones, datos registrados o al personal técnico encargado del análisis causa raíz. Esta opción implica que no se ha considerado suficiente con prever desde un punto de vista meramente técnico un procedimiento de notificación sin marco legal alguno que lo ampare, sino que se ha procedido a dar un paso más, la estructuración por vía normativa de las características, límites y protecciones de un tal sistema.

La opción por su regulación legal responde a varios contextos y/u objetivos:

- Dotar de un mayor respaldo al sistema de notificación de eventos adversos a través de su regulación normativa.
- Incrementar la transparencia, claridad y seguridad jurídica en relación con el sistema, con el fin de generar una mayor confianza en los intervinientes en el mismo.
- Disponer de un arsenal normativo que pueda hacer inmune al sistema de notificación frente al en ocasiones poderoso y desarrollado engranaje de las demandas judiciales por responsabilidad vinculada al sistema sanitario.

Es significativo que la generalización de la regulación legal del sistema se haya producido sobre todo en los EEUU, donde existe una alta tasa de demandas judiciales sobre responsabilidad profesional, lo que confirma que dicha regulación pretende evitar conflictos judiciales relacionados con el sistema de notificaciones. Significa esto que la experiencia acumulada en este país sobre demandas judiciales no ha impedido la puesta en marcha del sistema de notificaciones, dado que se reconoce la importancia que posee como factor de seguridad y preventivo para las pacientes (y a la vez y como efecto, reductor de demandas), pero adoptando al mismo tiempo las precauciones necesarias con el fin de que el sistema sea inmune como factor de conflictos de responsabilidad, dotándole para ello de un marco legal protector.

De las consideraciones anteriores se deduce, desde una óptica española, la importancia de una adecuada intervención legislativa que favorezca el establecimiento de un sistema de notificación de eventos adversos, sin que ello implique generar en los profesionales sanitarios un mayor riesgo de fiscalización personal, y sobre todo, sin que el mismo suponga una vía privilegiada de información para terceros. Y ello, fundamentalmente, porque la efectividad de un tal sistema reside en la confianza que los profesionales depositen en el mismo (base sobre la cual se producirá la práctica de notificaciones).

Tampoco sería corrector considerar que esta caracterización puede conducir a establecer un reducto de impunidad para las profesionales, al pretender evitar que el sistema de notificación y registro de eventos adversos pueda utilizarse en un proceso judicial. Aquí se trataría de que una información que se ha obtenido con posterioridad a la producción de los hechos de forma despersonalizada y desvinculada de cualquier investigación sobre una posible responsabilidad jurídica, sino antes bien dirigida a un propósito específico para el estudio y prevención de incidentes se utilizada con otros fines ajenos, sin que se cierren las vías habituales de información, como es el acceso a los elementos de prueba Conocidos (historia clínica, exploraciones y pruebas realizadas, testimonios y pericias, etc.). Es decir, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no debería verse comprometido o menoscabado de ningún modo si no se traspasa el marco operativo aceptado para los sistemas de notificación y registro de eventos adversos.

2. Los elementos definatorios del sistema de notificación

a) *Los sujetos y el objeto de la notificación y registro*

Los sujetos

En principio, un primer grupo de referencia lo constituyen los profesionales médico-sanitarios en general. En realidad conforma el grupo fundamental, teniendo en cuenta no sólo su capacidad de detectar incidentes y accidentes que puedan llegar a producirse, sino igualmente partiendo del hecho de que se trata de los principales destinatarios de las enseñanzas obtenidas de los referidos sistemas. En dicho colectivo se incluyen la totalidad de los mencionados profesionales, con independencia de su categoría profesional: médicos y personal de enfermería fundamentalmente.

En el ámbito sanitario asistencial (bien sea hospitalario o extrahospitalario, así en atención primaria) desempeñan igualmente sus funciones profesionales otros empleados públicos o privados tales como, en primer lugar, titulados superiores, que asumen labores altamente cualificadas de apoyo a la asistencia clínica (biólogos-genetistas, químicos y bioquímicos, matemáticos, informáticos, físicos, ingenieros, etc.), cuya capacidad para detectar eventos puede llegar a ser particularmente idónea; pero también en no pocas ocasiones estarán en condiciones de conocerlos el personal de administración y servicios, personal de limpieza y mantenimiento (normalmente en España pertenecientes a contratas), etc. Todos ellos configuran igualmente un colectivo de particular interés para un sistema de notificación y registro de eventos adversos, toda vez que en virtud su posición privilegiada pueden constituir un grupo especialmente relevante para la detección de incidentes y accidentes.

Finalmente, los pacientes en general, así como sus familiares, personas especialmente relacionadas con aquellos, etc. en la medida en que constituyen usuarios de los servicios de salud se erigen en una fuente privilegiada de obtención de información susceptible de alimentar un sistema de notificación y registro de eventos adversos.

En virtud de lo anterior, el sistema debería tener naturaleza absolutamente abierta, no limitándose a emplear como fuente de información a los distintos profesionales sanitarios, sino incorporando notificaciones originadas por cualquier ciudadano. Posteriormente, constituirá una labor asignada a los Comités encargados del Análisis de Causas Raíz el depurar la verosimilitud de toda información suministrada, determinando

cuáles merecen ser empleadas con fines de aprendizaje de los profesionales sanitarios implicados en las referidas prácticas.

El objeto de la notificación

El objeto de la notificación viene constituido por el conjunto de eventos adversos que se producen en una esfera determinada de la atención sanitaria. El deslinde de los diversos ámbitos y fuentes de responsabilidad legal de los profesionales médico-sanitarios facilita establecer su posible coincidencia o, por el contrario, disparidad, con los conceptos de accidente e incidente en los que se desglosa el evento adverso, en cuanto que constituyen el objeto del sistema de notificación. Al mismo tiempo, impone depurar la taxonomía y rechazar la utilización de términos que pueden ser fuente de confusión por su discrepancia con conceptos jurídicos semejantes.

Cabría diferenciar entonces tres grupos de eventos⁷:

- *Evento adverso*: incluye el conjunto de accidentes e incidentes causantes de un daño en el paciente o que hubieran podido causarlo, con ocasión de la asistencia sanitaria prestada.

La opción a favor de la expresión “evento adverso” en lugar de “efecto adverso”, a pesar de que ambas suelen ser empleadas como equivalentes en la literatura comparada, responde al hecho de que la segunda parece aludir a relaciones causales exclusivamente, lo cual excluiría los supuestos de omisiones, cuya relevancia jurídica no puede ser desconocida. El evento adverso es, pues, más amplio y se refiere a la totalidad de las situaciones que resultan susceptibles de notificación.

- *Accidente*: suceso aleatorio imprevisto e inesperado que produce daño al paciente o pérdidas materiales de cualquier tipo.
- *Incidente*: suceso aleatorio imprevisto e inesperado que no produce daño al paciente ni pérdidas materiales de cualquier tipo. También puede definirse como un suceso que en circunstancias distintas podría haber sido un accidente; o como un hecho que no descubierto o corregido a tiempo puede implicar problemas para el paciente.

⁷ ROMEO CASABONA/URRUELA MORA (2010), 11 y ss.

Por lo tanto, en el marco de los eventos adversos distinguimos dos grupos de casos: por un lado, los accidentes generadores de daños personales o materiales; y por otro, los incidentes, en los que no concurre el resultado anterior, si bien al menos tienen que implicar un determinado riesgo potencial para el paciente.

b) *La identificación del notificante*

La opción del anonimato suele tenerse por más garantista al objeto de lograr la indemnidad de los distintos intervinientes en el proceso (especialmente el notificante, el o los profesionales sanitarios implicados y los propios pacientes afectados). No obstante, dicha opción no resulta unánime en las referencias comparadas, y todavía no ha sido adoptada de manera generalizada.

A pesar de que la configuración de un sistema anónimo puede transmitir la impresión a los distintos sujetos intervinientes de que resulta imposible la determinación *ex post* de sus identidades, no se ajusta a la realidad, pues todo sistema de notificación de eventos adversos que no se dirija a una mera recolección de datos con fines estadísticos implicará la práctica del Análisis de Causas Raíz (ACR), proceso en el marco del cual habrá que concretar la conducta profesional de cada uno de los sujetos implicados en el evento adverso. La puesta en práctica del ACR explica el por qué de que muchos legisladores hayan optado por notificaciones nominativas en las que sólo en un segundo momento, una vez llevado a cabo dicho ACR e implantado un plan de actuación con el fin de evitar la repetición del evento adverso, se procede a la anonimización de los datos.

La opción predominante en derecho comparado es la de anonimización de los datos relativos a la identidad de los sujetos intervinientes, los cuales sólo son conocidos a nivel interno. La asunción de esta opción es coherente, pues el ACR exige una revisión de la conducta llevada a cabo por todos los profesionales implicados, lo cual supone conocer en primer término quiénes son los mismos. La Recomendación Rec(2006)7 del Consejo de Europa también se pronuncia en favor de un sistema anónimo.

c) *La obligatoriedad o voluntariedad de la notificación*

Esta cuestión es, probablemente, sobre la que se encuentran mayores disparidades de criterio en el Derecho comparado, sin que por el momento se haya impuesto con claridad una opción sobre la otra.

Existen un importante número de sistemas (así, la mayor parte de los Estados en EEUU o en Europa los modelos danés y sueco) donde la notificación se establece con carácter obligatorio, lo que resulta más propio de estructuras dirigidas a la acreditación y control de la calidad asistencial que de sistemas de notificación destinados al aprendizaje y a la prevención.

A nivel internacional existen modelos basados en el carácter meramente voluntario de las notificaciones, sobre la base de que la imposición por vía normativa de una obligación en dicho sentido únicamente contribuye a la infranotificación, y en consecuencia, a entorpecer la viabilidad del sistema.

En consecuencia, al menos en una fase inicial de implantación del sistema, parece más adecuado un modelo fundado en la naturaleza voluntaria de la notificación, dado que favorece la confianza de los sujetos implicados en el sistema y aleja al mismo de todo carácter de control del ejercicio de la profesión sanitaria. Desde el punto de vista de los resultados no existe evidencia de que donde la notificación presenta naturaleza obligatoria su número sea estadísticamente importante, por lo que es preferible un modelo de notificación voluntario para la totalidad de los sujetos implicados (es decir, tanto para los pacientes como para los propios profesionales sanitarios, parasanitarios y auxiliares).

En cualquier caso, la opción de la obligatoriedad de las notificaciones comportaría al mismo tiempo la adopción de medidas correlativas para asegurar una protección del notificante frente a posibles consecuencias que pudieran estar vinculadas al acto de notificación, y al mismo tiempo garantizar la obligación de confidencialidad de todos los participantes en el proceso de recepción, registro y ACR.

d) Las exigencias de confidencialidad

En tanto que el suceso notificado conforme a este sistema lleva al análisis o al aprendizaje, los nombres de las personas implicadas pueden ser divulgados a nivel local (es decir, en el ámbito de una institución). Por consiguiente, la confidencialidad se configura como una característica esencial del sistema y un aspecto clave para el adecuado funcionamiento del mismo, pero es también extremadamente problemático, dadas las dificultades que se suelen presentar para garantizar la efectividad de su exigencia.

Tanto la creación como el funcionamiento del registro de las notificaciones recibidas pueden estar sometidos al régimen legal de protección de datos de carácter personal, lo que deberá hacerse si la base del registro consiste en la introducción de datos que permitan la identificación de las personas que pueden verse involucradas por la notificación (el notificante y terceros, como son, en este caso, los pacientes y profesionales médico-sanitarios relacionados con el evento adverso notificado). Esta supeditación normativa podría, no obstante, verse limitada considerablemente o, incluso, desaparecer, si se opta por un régimen de datos registrados anónimos o anonimizados, no pudiendo considerarse como tales aquellos que únicamente han sido sometidos a un régimen de disociación reversible (pseudoanonimización).

Una de las principales preocupaciones que se aprecian en derecho comparado ha consistido en garantizar el carácter confidencial de las notificaciones llevadas a cabo, así como de los datos registrados a resultados de las mismas. Por tal motivo, no se permite el registro de información identificativa una vez realizado el proceso de ACR, mientras que, cumulativamente a lo anterior, en algunos estados se establece una garantía acerca del carácter privilegiado de dichos datos, lo que se materializa en una prohibición expresa de transmisión de los mismos a terceros, salvo en supuestos excepcionales legalmente tasados. La Recomendación Rec(2006)7 del Consejo de Europa aboga por el establecimiento de sistemas de notificación de naturaleza estrictamente confidencial, al recomendar que los estados deben asegurarse de la confidencialidad del procedimiento de notificación en relación con los profesionales de la salud o el paciente.

e) Naturaleza no punitiva del sistema de notificación

Existe consenso sobre que un sistema de notificación de eventos adversos no puede presentar carácter punitivo. De lo contrario, el número de notificaciones será escaso, ante el temor de los profesionales a que la transmisión de información redunde en perjuicio de su status profesional o del de personas que desempeñan su actividad en el mismo centro de trabajo. Este carácter no punitivo se proyecta tan sólo al propio sistema de notificación de eventos adversos, pues no excluye la vigencia del régimen general de responsabilidad de los profesionales sanitarios.

V. OTROS REQUERIMIENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA

1. La protección jurídica de los notificantes

La protección jurídica al profesional de la salud notificante constituye el eje de todo el funcionamiento del sistema.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico en la práctica comparada (p. ej., Estados Unidos y Dinamarca) se han establecido previsiones legales específicas al objeto de garantizar la indemnidad legal del notificante frente a su entorno laboral y al judicial, al margen de otros sistemas sectoriales de notificación (p. ej., en relación con la farmacovigilancia y el uso clínico de células y tejidos de origen humano). En semejante dirección la Recomendación del Consejo de Europa señala que se debe garantizar que los profesionales de la salud concernidos no sean objeto de investigaciones o de medidas disciplinarias por parte de la autoridad que les emplea, o incluso de represalias bajo la forma de controles o de sanciones penales por parte de los tribunales.

2. El estatuto de los integrantes de las comisiones encargadas del análisis causa raíz

La necesidad de un estatuto específico delimitado normativamente para los miembros de los comités encargados del ACR se fundamenta en que llegarán a poseer un conocimiento exacto tanto de los concretos intervinientes en el evento adverso, como de la actuación de los mismos durante la totalidad del proceso que condujo a la situación antedicha, proporcionándoles un juicio técnico de primer orden acerca de la conducta de cada uno de los profesionales, y de ser llamados como testigos en un proceso judicial podrían suministrar una información fundamental para el inculpamiento o exclusión de responsabilidad de los profesionales sanitarios implicados.

Las legislaciones comparadas ofrecen dos vías para afrontar esta situación:

- a) Directa: otorgar inmunidades y privilegios procesales a dichos miembros de los comités encargados del ACR, si bien es cierto que no se ha abordado por la totalidad de los estados que han regulado legalmente el sistema de notificación, ni tampoco por la Recomendación citada del Consejo de Europa.

b) Indirecta:

- Los informes y registros no quedan sujetos a descubrimiento, citación u otros medios de compulsión legal para su remisión a alguna persona o entidad y no pueden ser admisibles en ninguna acción civil o administrativa distinta del procedimiento disciplinario por parte de la agencia competente encargada de la acreditación.
- Ninguna persona que haya asistido a una reunión de un comité ejecutivo o de revisión de un centro sanitario o de una sociedad u organización profesional puede ser compelida a testificar en ningún proceso civil, penal o administrativo distinto del procedimiento disciplinario por parte de la agencia competente encargada de la acreditación, excepto en determinadas situaciones tasadas, p. ej., vinculadas con la persecución de delitos (cfr. la legislación australiana).

3. Separación estricta del sistema de notificación de eventos adversos de otros sistemas sanitarios de comunicación

Conjuntamente con el sistema general de notificación de eventos adversos coexisten otros sistemas cuyas finalidades difieren del anterior (así el sistema de quejas, que trata de atender a las reclamaciones de los pacientes, el sistema indemnizatorio, cuya finalidad es el resarcimiento de daños hipotéticamente causados), o bien, siendo también sistemas de notificación, presentan un ámbito sectorial con objetivos específicos.

En derecho comparado la estructura del sistema de notificación de eventos adversos es independiente de la de otros (así, en Dinamarca, donde con la finalidad de garantizar que el sistema no tendrá carácter sancionatorio se establece una estricta separación entre el sistema de aprendizaje y los restantes sistemas relacionados con los eventos adversos). En sentido similar discurre la Recomendación Rec(2006)7.

VI. OTROS EFECTOS BENEFICIOSOS: IMPULSO DE LA INFORMACIÓN Y DE LA TRANSPARENCIA

Es un criterio extendido comunicar al paciente y/o a sus familiares más cercanos el advenimiento de todo evento adverso que pueda afectar a su salud⁸. En estos sistemas

⁸ Así, la Sorry Works! en los EEUU.

los profesionales sanitarios deben asumir, asimismo, la responsabilidad si la hubo, solicitando disculpas y procediéndose a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por vía extrajudicial.

En esta dirección deberían orientarse los sistemas sanitarios hacia el futuro, pero exige un cambio de cultura profesional, y sobre todo, una disposición clara para asumir las responsabilidades individuales y sobre todo jurídicas (así, en la esfera de la responsabilidad civil) que se derivan de un comportamiento como el anterior (absolutamente intachable desde el punto de vista ético).

En la misma línea de máximo respeto a los pacientes, tratando de garantizar que los mismos son informados puntualmente de toda circunstancia que afecta a su estado de salud (incluyendo su condición de víctima de un evento adverso) y que, en su caso, sean indemnizados, se pronuncia la Recomendación Rec(2006)7.

Este enfoque obliga a una ponderada toma en consideración de los mecanismos legales adecuados para cumplir con dichos criterios, asegurando, a la vez, que lo prescrito no suponga una infrutilización del sistema de notificación de eventos adversos, así como a la búsqueda de vías extrajudiciales (sistemas de mediación y aseguramiento; etc.) y cuasiautomáticas de resarcimiento por daños derivados de la asistencia sanitaria (p. ej., el modelo sueco).

VII. FUENTES NORMATIVAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA NACIONAL DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS

Tomando el ordenamiento jurídico español como referencia para una reflexión de carácter nacional interno, aquél cuenta con un importante conjunto de normas que han configurado la realidad legislativa actualmente vigente en España en relación con el sector sanitario. Asimismo, deben señalarse algunos documentos que han contribuido al diseño de las políticas de calidad en el sistema sanitario.

Puede citarse, en primer lugar, el Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud, de 2006⁹, que presenta un conjunto de seis grandes áreas de actuación que pretenden dar respuesta a las cuestiones que afectan a los grandes principios y retos del sistema sanitario español:

⁹ V. AGENCIA DE CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD, Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud, Secretaría General de Sanidad, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006.

1. Protección, promoción de la salud y prevención
2. Fomento de la equidad
3. Apoyo a la planificación de los recursos humanos en salud
4. Fomento de la excelencia clínica
5. Utilización de las tecnologías de la información para mejorar la atención de los ciudadanos
6. Aumento de la transparencia

Por consiguiente, también en los sistemas asistenciales de salud nacionales constituyen una preocupación y un objetivo central asegurar y mejorar las condiciones de calidad en las que se desarrollan tales prestaciones. Asimismo, garantizar la seguridad del paciente a lo largo de todo su proceso asistencial es un factor determinante para el logro de estos objetivos.

No obstante, y si nos referimos ahora más directamente a la instauración de un sistema de notificación y registro de eventos adversos, la norma de referencia viene constituida por la ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud¹⁰. Esta ley regula en su capítulo VI (“De la Calidad”) las materias vinculadas con la calidad del sistema (arts. 59 a 62). De este conjunto normativo destacan las previsiones para el desarrollo del sistema de notificaciones y registro de eventos adversos, según los cuales la infraestructura para la mejora de la calidad del Sistema Nacional de Salud estará constituida, entre otros, por el registro de acontecimientos adversos, que recogerá información sobre aquellas prácticas que hayan resultado un problema potencial de seguridad para el paciente (art. 59.2.e).

.De los preceptos citados cabe extraer una serie de conclusiones relevantes:

1ª Los principios de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria se encuentran indisolublemente unidos, de forma que la primera no puede concebirse sin la segunda. Por consiguiente, la seguridad asistencial es un objetivo medial a través del cual se puede lograr, junto con otros elementos, la mejora de la calidad asistencial (art. 59.2.a Ley 16/2003).

2ª La configuración de un sistema de notificación de eventos adversos (denominado en la norma registro de “acontecimientos” adversos) constituye, como

¹⁰ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

elemento inequívocamente orientado a la seguridad de los pacientes, parte integrante de la infraestructura para la mejora de la calidad del sistema nacional de salud (art. 59.2.e Ley 16/2003).

3ª Dicha infraestructura estará a disposición tanto del Ministerio de Sanidad y Consumo como de las Comunidades Autónomas (art. 59, inciso final Ley 16/2003).

4ª El registro previsto en la Ley 16/2003 únicamente se refiere a un aspecto parcial de los eventos adversos, pues textualmente la norma habla de recoger información sobre aquellas prácticas “que hayan resultado un problema *potencial* de seguridad para el paciente”. Una estricta interpretación de la expresión “potencial de seguridad” podría concluir en el alcance limitadísimo que se reconoce al objeto de este registro, si bien es posible compatibilizar el texto legal con sistemas generales de notificación más extendidos.

5ª Las características concretas del sistema no han sido explicitadas por el legislador, por lo queda en manos de los órganos competentes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

6ª La infraestructura de calidad en la que se enmarca el registro de acontecimientos adversos corresponde a la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 60 Ley 16/2003).

En definitiva, de las consideraciones anteriores se deriva que la creación de un sistema de notificación y registro de eventos adversos no constituye una mera potestad para la Agencia de Calidad, sino que deriva de un mandato normativo expreso previsto en la propia Ley de Cohesión y Calidad del SNS, por lo que las acciones de la Agencia responden a exigencias positivizadas a través de una norma con rango de ley¹¹.

VIII. LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN EN ESPAÑA. EL SINASP

España ha puesto en marcha un “Sistema de Notificación y Aprendizaje para la Seguridad del Paciente” (SiNASP)¹². Después de varios estudios preparatorios y de poner en marcha varias pruebas piloto en diversos hospitales, en 2010 se inicia la

¹¹ V. AGENCIA DE CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD, Estudio Nacional sobre los efectos adversos ligados a la hospitalización. ENEAS 2005, Secretaría General de Sanidad, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006; LA MISMA, Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud, Secretaría General de Sanidad, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006.

¹² V. www.sinasp.es. La información que se incluye en este apartado ha sido tomada de este sitio.

implantación progresiva del sistema, hasta llegar a la incorporación de ocho Comunidades Autónomas¹³.

El objetivo del SiNASP es mejorar la seguridad de los pacientes a partir del análisis de situaciones, problemas e incidentes que produjeron, o podrían haber producido, daño a los pacientes. El estudio de estas situaciones, del contexto en el que ocurrieron, de los riesgos latentes preexistentes y de los factores que contribuyeron a su aparición se realiza con el fin de promover los cambios necesarios en el sistema para evitar que estas situaciones vuelvan a producirse en el futuro. El énfasis principal del sistema está en el aprendizaje para la mejora.

En cuanto a los principios básicos que el sistema español ha tomado como referencia, responden claramente a los estándares que he mencionada más arriba, sin perjuicio de algunos matices muy interesantes encaminados a reforzar la viabilidad del sistema:

- Notificación voluntaria. Según lo indicado más arriba, ésta es la solución más razonable a corto y medio plazo.
- No punibilidad. De acuerdo con lo señalado más arriba, este principio inspirador es coherente con la finalidad primigenia del sistema, manteniéndolo apartado de los procedimientos de responsabilidad punible (penal) y de indemnización (responsabilidad civil).
- Confidencialidad de la información. También se indicó la enorme importancia que caracteriza a este principio.
- Permite la notificación anónima y la notificación nominativa con deidentificación de los datos. Aunque cabe en unos supuestos que la notificación sea nominativa y que por ello los datos puedan vincularse al notificante o a otras personas que intervienen en el proceso, está previsto proceder a su anonimización (deidentificación) en un breve lapso de tiempo, lo que de hecho constituye una traba, en estos casos justificada, para que los profesionales implicados en el sistema no se vean compelidos a comparecer en un proceso judicial como testigos o peritos.

¹³ Hasta abril de 2014 éstas son: Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra.

- Análisis para el aprendizaje y la implementación de mejoras a nivel local (centro sanitario). El sistema no está orientado, acertadamente, a la mera obtención de información sobre eventos adversos acaecidos o que presentan tal potencialidad, sino obtener referencias para la mejora de la prestación y la prevención de focos o factores de riesgo.

Objeto de la notificación es todo tipo de incidentes relacionados con la seguridad del paciente (eventos o circunstancias que han ocasionado o podrían haber ocasionado un daño a un paciente). Se incluyen eventos adversos, incidentes sin daño e incidentes relacionados con la seguridad que no llegaron al paciente. Los sujetos de la notificación, es decir, quiénes están habilitados para notificar en el sistema, son exclusivamente los profesionales sanitarios.

El portal SiNASP es, por consiguiente, un medio para difundir recomendaciones y alertas de seguridad basadas en el análisis de las notificaciones.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

En coherencia con lo expuesto, se pueden compartir las siguientes reflexiones¹⁴:

- La imperiosidad de crear una cultura sobre la seguridad del paciente, difundiendo para ello su necesidad, sus objetivos y sus beneficios.
- Fomentar la instauración de la práctica de la notificación como un hábito entre los profesionales, razonando su valor para la identificación de los niveles de seguridad existentes en cada centro, para el aprendizaje y la adopción de medidas preventivas;
- Combatir las barreras existentes entre los profesionales frente a la notificación de eventos adversos, como son el sentimiento de fracaso o el temor a ser culpabilizados o a trasladarles la culpa.
- La necesidad de utilizar un lenguaje, unos conceptos y una taxonomía comunes, con el fin de facilitar los trabajos conjuntos, intercambiar experiencias entre diversos sistemas y delimitar mejor sus implicaciones jurídicas.
- Si bien es cierto que no cabe duda que es fundamental determinar los objetivos, las características y la organización de un modelo de notificación, seguimos

¹⁴ Las siguientes conclusiones constituyen un resumen del informe mencionado al comienzo de este estudio. La fundamentación de las mismas así como otras conclusiones pueden consultarse más detalladamente en ROMEO CASABONA/URRUELA MORA (2010), 163 y ss.

convencidos de que no lo es menos que es imprescindible establecer el marco jurídico que lo respalde pensando al menos a medio plazo para el perfeccionamiento del sistema.

- El sistema de notificaciones deberá completarse con procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos derivados de eventos adversos sancionables y/o indemnizables vinculados a las prestaciones sanitarias (procedimientos de arbitraje y de mediación, compensación del daño evitable sin culpa, etc.). Si un sistema de comunicación de eventos adversos se reconoce como una herramienta esencial en el marco de un plan de calidad asistencial, estos sistemas disuasorios y preventivos de la judicialización de los conflictos han de considerarse, asimismo, una pieza clave en el conjunto de estrategias y objetivos ligados al plan de calidad.

BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD, Estudio Nacional sobre los efectos adversos ligados a la hospitalización. ENEAS 2005, Secretaría General de Sanidad, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006.

AGENCIA DE CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD, Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud, Secretaría General de Sanidad, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006.

AGENCIA NACIONAL PARA SEGURIDAD DEL PACIENTE (NPSA)- SISTEMA NACIONAL DE SALUD (NHS), Reino Unido, La seguridad del paciente en siete pasos, Agencia de Calidad, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006.

GUERRERO ZAPLANA, J., Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, Lex Nova, 4ª edición, Valladolid, 2004.

OECD, Selecting Indicators for Patient Safety at the Health Systems Level in OECD countries, 2004.

ROMEO CASABONA, C. M., Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ROMEO CASABONA, C. M., El médico ante el Derecho, Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1985.

ROMEO CASABONA, C. M. / URRUELA MORA, A., El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales, Ed. Comares, Granada, 2010.

ROMEO CASABONA, C. M. / URRUELA MORA, A., Notificación de eventos adversos, en C. M. Romeo Casabona (Dir.), Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto – Universidad del País Vasco-EHU y Ed. Comares, Bilbao – Granada, 2010.

ROMEO CASABONA, C. M. / URRUELA MORA, A., El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales, Agencia de Calidad, Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid (publicado *on line*).

RUIZ-LÓPEZ, P., Análisis de causas raíz. Una herramienta útil para la prevención de errores, Rev Calidad Asistencial, 20(2), 2005.

URRUELA MORA, A., Los sistemas de notificación y registro de eventos adversos desde la perspectiva jurídico-penal. Consideraciones de *lege lata*, en S. Adroher Biosca/ F. de Montalvo Jääskeläinen (Directores), Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

* * * * *

Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de La Coruña. Vocal del Consejo Consultivo de Galicia. Socio de la FICP.

~La prevención de errores médicos mediante el Derecho sancionador. Algunos aspectos de la responsabilidad extrapenal: los dictámenes previos a la vía contencioso-administrativa~

A la vista del programa del Congreso, la ponencia que en su día me propuso Javier De Vicente obedece al deseo de que yo relatase mi experiencia en esta materia en mi condición de Conselleiro del Consello Consultivo de Galicia, cargo que ocupé durante más de seis años.

Intentaré, pues, exponer la función y la utilidad de tales dictámenes en la vía administrativa, con base en la referida experiencia vinculada a nuestra Comunidad Autónoma. Y aclaro que tal experiencia es perfectamente trasladable a otras CCAA, habida cuenta de que las regulaciones legales de los Consejos consultivos son, *mutatis mutandis*, similares.

Desde su creación, la competencia del Consello Consultivo de Galicia para emitir dichos dictámenes provenía originariamente de la Ley de Galicia 9/1995, de 10 de noviembre, y de su Reglamento, aprobado por el Decreto 282/2003, de 22 de mayo. En el art. 11,j) de dicha Ley se establecía que el Consello Consultivo de Galicia será consultado preceptivamente en las “reclamaciones de responsabilidad patrimonial”. Y en el art. 17.1,e) del Reglamento se indicaba que son competencia de las secciones del Consello Consultivo las “reclamaciones en concepto de indemnización de daños y perjuicios que se formulen contra la Comunidad Autónoma”.

Con posterioridad, en el año 2008 (Ley 16/2008, de 23 de diciembre, disposición final tercera), se llevó a cabo una reforma de la Ley 9/1995, a propuesta de los miembros del Consello Consultivo (entre los que me contaba), en la que se incluyó una cuantía mínima (hasta esa fecha inexistente) para que tuviese que pronunciarse necesariamente el Consello, una cuantía que se fijó en 1.500 euros (“cuantía superior a 1.500 euros”) y que era aplicable a todas las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, y no solo a las relativas a la materia sanitaria.

En la actualidad, tras la aprobación de la nueva Ley 3/2014, de 24 de abril, en su art. 12,j, se elevó ese límite hasta los 30.000 euros para los casos que aquí nos interesan,

o sea los relativos a la Administración autonómica (dado que ahora se prevé otro límite, de 15.000 euros, para las reclamaciones ante las Administraciones locales).

Pues bien, la existencia de tales **límites económicos** suscita ya la **primera controversia**. ¿Debe existir algún límite cuantitativo? En caso afirmativo ¿cuál es la cifra concreta que resultaría aconsejable? A mayores, y sentada la conveniencia de un límite, ¿debería establecerse uno específico para las reclamaciones en el ámbito sanitario, diferente del genérico aplicable a las restantes reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración? Vayamos por partes.

En principio, creo que es razonable que exista un límite mínimo, que permita excluir los llamados asuntos de bagatela, cuya tramitación en la inmensa mayoría de los casos no suele requerir, desde luego, un sesudo dictamen del Consello Consultivo; y que además en no pocos casos se trata de una reclamación (como dicen los economistas) “antieconómica”, en el sentido de que prácticamente acarrea más gastos el mero hecho de tramitar la reclamación que pagarla (ej. real, y relativamente frecuente: rotura de montura gafas de pasta en el hospital con una reclamación de 100 euros).

Ahora bien, creo que ese límite no debería ser muy alto. La razón reside en que en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas el dictamen del Consejo Consultivo cumple una evidente función social, al contribuir a ofrecer una tutela jurídica gratuita y relativamente rápida a muchos ciudadanos que probablemente no estarán dispuestos a acudir a la vía judicial ante los elevadas costes que le puede suponer el proceso y la tardanza en resolver.

El límite de 1.500, que se había fijado en la Ley gallega de 2008, parece un límite razonable (incluso cabría discutir si podría ser aún inferior). De ahí que, el límite actual fijado en la Ley de 2014 (de 30.000) me parezca muy elevado. Con todo, quiero ser cauto y simplemente afirmo que la cuestión merecería una reflexión más detenida; eso sí, entiendo que, en cualquier caso, dicha reforma habría necesitado una cumplida justificación, puesto que en los restantes Consejos Consultivos del Estado español encontramos límites de lo más variado, incluyendo la inexistencia de límite alguno.

En concreto, si repasamos las leyes de otros Consejos consultivos equiparables al nuestro en número de dictámenes anuales, podremos comprobar que lo usual es una cifra sensiblemente inferior a 30.000: así, por ejemplo, Valencia tiene 15.000 euros, Castilla y León y Canarias 6.000 euros y Castilla-La Mancha tan solo 600 euros.

Por último, a mi juicio, no habría que descartar una previsión específica en materia sanitaria con respecto al límite que se incluya para la genérica responsabilidad patrimonial de la Administración. La razón estriba en las peculiaridades del ámbito sanitario, que abogarían por un límite inferior.

Y no me refiero ya solo a la propia doctrina jurídica específica creada sobre la responsabilidad en el ámbito sanitario, que jurisprudencialmente se ha ido desgajando progresivamente de la genérica responsabilidad patrimonial hasta el punto de que haya podido hablarse ya de un supuesto de responsabilidad subjetiva (o, cuando menos, no puramente objetiva), por más que modernamente el TS haya aceptado algunas reclamaciones por responsabilidad puramente objetiva (STS 9-10-12: caso de la vacuna triple vírica, que causa sordera bilateral, a pesar de no existir vulneración de la *lex artis* ni vulneración del consentimiento informado; o caso de vacuna de la gripe que deja a un paciente con síndrome de Guillain-Barré, en silla de ruedas; TS argumenta que la vacuna beneficia a toda la sociedad).

Me refiero además, y sobre todo, a la *complejidad*, que suele ser mucho mayor en el ámbito sanitario, en el que frecuentemente la parte reclamante se enfrenta a unos informes de los servicios médicos de la Administración tendentes en la inmensa mayoría de los casos a avalar la actuación de los profesionales sanitarios; por tal motivo, la parte reclamante se ve obligada a aportar dictámenes periciales que contradigan tales informes.

Recuérdese al respecto que en el ámbito de la sanidad rige el criterio específico de la adecuación de los servicios sanitarios a la llamada *lex artis ad hoc*, que requiere una actuación médica en consonancia con las técnicas y los conocimientos adecuados al caso concreto y al estado actual de estos.

En particular, cabe mencionar aquí el complejo problema de diferenciar entre un diagnóstico erróneo y un diagnóstico insuficiente (vid. CCG 267/09): en el diagnóstico erróneo existe una incorrección o inadecuación de las pautas de actuación seguidas por los facultativos; en cambio, en el diagnóstico insuficiente lo que hay es una previsión de la patología que en principio es correcta de acuerdo con la sintomatología presentada por el paciente y con las pruebas realizadas, pero dicha previsión no excluye otras patologías más severas, de tal manera que habría sido posible la utilización de una praxis médica más ágil y eficiente.

Pues bien, esta distinción es especialmente importante desde el punto de vista de la carga de la prueba. En el diagnóstico insuficiente es el reclamante el que (siguiendo la regla general) debe acreditar que tal insuficiencia se debe a una falta de atención al paciente o a un deficiente uso de los medios sanitarios públicos disponibles; por el contrario, en el diagnóstico erróneo es la Administración sanitaria la que tiene que probar que el personal sanitario actuó diligentemente, operándose, pues, una inversión de la carga de la prueba, inversión que se justifica por el hecho de que la existencia de un daño y la ausencia de un diagnóstico previo de la dolencia del paciente comportan la presunción de que existe un error en el diagnóstico y que, por tanto, es la Administración la que tiene que desplegar una actividad probatoria encaminada a demostrar que la falta de un diagnóstico adecuado obedeció a circunstancias insalvables y extrañas al funcionamiento del servicio público.

En todo caso, lo que pretendo resaltar es que la aludida complejidad no existe en otros terrenos, como, señaladamente, el del tráfico viario (p. ej., los frecuentes casos de accidentes por baches en la calzada o por sustancias deslizantes o accidentes causados por animales salvajes). Aquí la cuestión litigiosa es sencilla, en el sentido de que no se precisan normalmente dictámenes periciales, y basta con la prueba de la realidad de los hechos, unos testigos y un informe (casi siempre objetivo y fiable) de la Guardia civil o la Policía local o de los servicios de mantenimiento.

Además, con un límite tan elevado como el de 30.000 euros, quedarían fuera todas las reclamaciones basadas en la llamada pérdida de oportunidad, que no implican una infracción de la *lex artis*, y en las que la cuantía de la reclamación queda siempre, desde luego, por debajo de los 30.000 euros, porque –como es sabido– en la pérdida de oportunidad el concepto indemnizable no es el daño material causado, sino el daño moral derivado de la posibilidad de aplicar un tratamiento potencialmente más eficaz o con mayor antelación (nuestro Consello consultivo suele valorar dicha pérdida en unos 5.000 euros como máximo, que, aunque se multipliquen, por cinco hijos no llega a los 30.000 euros). Y algo similar sucede con los supuestos de mera falta del consentimiento del paciente, al tratarse también de casos de daño moral (salvo en los supuestos en los que la ausencia de consentimiento creó el riesgo que se materializó en el resultado, y existía otro tratamiento alternativo, supuestos en los que habrá indemnización por el daño causado), daño moral que, por cierto, se admite recientemente por el TC incluso cuando el resultado hubiese sido correcto, curativo, y no hubiese lesión -vid. STC

37/2011-, contradiciendo así una determinada línea jurisprudencial que, no exenta de vacilaciones, venía descartando la responsabilidad de la Administración cuando no existía lesión o, aunque existiese lesión, cuando el acto médico, realizado conforme a la *lex artis*, era la única alternativa posible.

Otra de las cuestiones que quisiera plantear es la relativa a la **limitada capacidad** del Consejo consultivo para dirimir temas espinosos, sobre todo cuando únicamente se cuenta con los informes de los servicios médicos de la Administración, lo que suele ser habitual en la práctica, puesto que normalmente el reclamante no aporta en la vía administrativa informes periciales que contradigan la versión de los servicios de la Administración, incluso en el caso de que hubiese recurrido a letrados especializados en Derecho de la salud para efectuar su reclamación en vía administrativa. En efecto, con frecuencia el letrado (por la razón que sea) prefiere no desvelar todas sus cartas en su reclamación administrativa y no aporta los necesarios informes periciales que permitan cuestionar la versión de la Administración, reservándose para la vía contencioso-administrativa. El dictamen del Consejo consultivo se convierte así en un mero trámite obligado para que se pronuncie la Administración y poder después proseguir cuanto antes en la vía jurisdiccional. Y, en fin, de este modo la función del Consejo Consultivo pierde buena parte de su utilidad.

A este modo de proceder de la parte reclamante tal vez pudiera contribuir el prejuicio de que el dictamen del Consejo Consultivo va a ser favorable a la propuesta de resolución que elabora el instructor, una propuesta que, eso sí, en la inmensa mayoría de los casos se pronuncia en sentido desestimatorio de la reclamación presentada. Y dicho prejuicio podría confirmarse en la práctica con el dato de que estadísticamente los informes de los Consejos Consultivos suelen ser mayoritariamente favorables a las propuestas de resolución elaboradas por el instructor.

Ahora bien, vaya por delante que este razonamiento puede ser circular, y encerrar una petición de principio, dado que si el reclamante no aporta en su favor todos los datos (singularmente informes periciales contradictorios) que puedan avalar su pretensión, el Consejo Consultivo tendrá difícil elaborar un dictamen contrario al sentido de los informes firmados por los servicios médicos, a poco que el objeto de la reclamación comporte un mínimo grado de especialización.

Pero, en segundo lugar, quiero salir al paso del recelo que pueda existir con respecto a la independencia del Consejo Consultivo. Ciertamente, es comprensible que

el reclamante sospeche de la imparcialidad de los informes de los servicios médicos implicados, que en la inmensa mayoría de los casos son parte directamente interesada y concernida por la reclamación (aunque no siempre), y también es comprensible que sospeche de la imparcialidad del instructor, que, por cierto, en no pocas ocasiones (y ante la ausencia de un informe del servicio correspondiente o ante las deficiencias que pueda presentar) llega a extralimitarse en sus funciones y a confeccionar él mismo un informe pericial para justificar la propuesta de resolución desestimatoria que efectúa. Sin embargo, y hablo por mi experiencia, los Consejos Consultivos elaboran sus dictámenes con plena independencia y analizan con rigor si la propuesta desestimatoria aparece plenamente justificada por parte de la Administración y si es coherente con los informes médicos que aportan sus servicios y con todos los factores concurrentes del caso.

Así las cosas, los informes periciales que pueda aportar el reclamante cobran una importancia decisiva para que el Consejo Consultivo pueda construir su dictamen en sentido favorable a su reclamación. En cambio, en ausencia de tales informes periciales de parte, el Consejo Consultivo se ve obligado a aceptar como válida la versión de la Administración, que suele ser bastante contundente y de contenido muy técnico, por más que en no pocas ocasiones el Consejo Consultivo sospeche que un informe pericial de la parte reclamante podría haber refutado los argumentos de la Administración.

Y, por cierto, esta es la razón por la cual en muchos dictámenes del Consejo Consultivo suela incluirse una cláusula final en la que, en esencia, se viene a decir que el dictamen favorable a la propuesta del instructor se basa en la contundencia de los informes del servicio médico implicado en el caso y en la ausencia de un informe pericial de la parte reclamante que lo contradiga (y, además, en no pocos casos, el dictamen se basa en la ausencia de alegación alguna por parte del reclamante en la fase de alegaciones, cuando se le da traslado del contenido de los informes de la Administración).

Efectuadas estas precisiones previas, cabe entonces entrar a valorar con mayor conocimiento de causa **la utilidad del Consejo Consultivo** a la hora de emitir sus dictámenes preceptivos en materia de responsabilidad sanitaria.

Prima facie cabría pensar que su utilidad es **reducida**, en especial si se atiende exclusivamente a la perspectiva cuantitativa, habida cuenta de que en la mayoría de sus

dictámenes se avala la propuesta de resolución del instructor (que, según indiqué, también en la inmensa mayoría de los casos es desfavorable para el reclamante).

Ahora bien, frente a esta primera impresión cabría oponer importantes **matizaciones**.

1) Ante todo, debe efectuarse una observación con respecto a la mera estadística: hay que reconocer que en no pocas ocasiones las reclamaciones de los pacientes son claramente infundadas, puesto que el ciudadano considera, erróneamente, que la prestación de servicios médicos a cargo de la Administración sanitaria es una prestación de resultados y no lo que realmente es, o sea, una prestación de medios, y que estos medios son limitados, porque de lo que se trata en el ámbito sanitario es de fijar las prioridades que deben abordarse y la forma en que deben distribuirse racionalmente los recursos sanitarios disponibles. Piénsese que en este ámbito siempre habrá una situación de tensión entre las necesidades acuciantes de un paciente individual y la de los restantes usuarios presentes y futuros del Sistema Nacional de Salud.

2) El Consejo Consultivo cumple una relevante función a la hora de velar por la pureza del procedimiento administrativo. Existe un alto número de dictámenes que comportan una devolución del expediente al órgano instructor para que complete la instrucción, sea porque no existen todos los informes de los servicios médicos necesarios para justificar la propuesta, sea porque faltan datos relevantes de la historia clínica, sea porque no se da la preceptiva audiencia a la parte reclamante, sea, en fin, porque la motivación del propio instructor resulta insuficiente.

Es cierto que en la mayoría de los casos el dictamen del Consejo consultivo va a confirmar, a la postre, el sentido de la propuesta realizada por el instructor, pero, incluso en ese supuesto, se asegura la corrección del procedimiento administrativo y el acopio del mayor número de datos posible, algo importante de cara a la reclamación en vía contenciosa.

3) Existen casos, desde luego, en que el Consejo consultivo emite un dictamen desfavorable ante la propuesta del instructor, convirtiendo la propuesta denegatoria de la instrucción en otra que acepte la reclamación de la parte, aunque ciertamente tales casos no sean mayoría.

También existen supuestos en los que se elevan las indemnizaciones que figuran en la propuesta de resolución. Téngase en cuenta al respecto que la propuesta de la

Administración suele acoger el baremo de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor. Ahora bien, este baremo no posee carácter vinculante en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (STC 101/2000), por lo que, si bien se puede invocar como criterio meramente orientativo, puede después adaptarse a las circunstancias del caso concreto. Y en este sentido el Consejo consultivo aplicó en casos recientes el baremo recogido en la Resolución de 21 de enero de 2013 de la dirección general de seguros y fondos de pensiones, con el resultado de incrementar sensiblemente la indemnización (CCG 106/2014).

En fin, no faltan otros casos en que el dictamen del Consejo consultivo convierte lo que es una propuesta de mera pérdida de oportunidad (indebidamente formulada por el instructor) en una auténtica infracción de la *lex artis*.

Sirva de ejemplo de esto último un lamentable caso que tuvimos ocasión de dictaminar en el Consejo consultivo de Galicia (624/12) de una mujer embarazada que ingresa en el hospital para una cesárea programada (que, eso sí, se realiza un viernes 27 de julio) y que fallece el 31 de julio de un septicemia generalizada (por estreptococo tipo A). Un caso a mi juicio clamoroso de infracción de la *lex artis* y, por tanto, de responsabilidad criminal, que motivó diligencias penales pero que fue archivado por un conocido juez de Santiago (de cuya fundamentación se deduce que del trabajo en equipo nunca surge un delito) y que en vía administrativa solo le merecía a la propuesta de instrucción una mera pérdida de oportunidad. El argumento central de los informes médicos es el de que con las pruebas realizadas la infección no se pudo detectar hasta que el día 30 se presentó un fallo multiorgánico. Sin embargo, aquí nos bastó una mera charla con mi vecino para interpretar correctamente dos analíticas de sangre y, unidas a otros datos evidentes, averiguar que la infección y los terribles dolores que padeció la embarazada estaban ya presentes al día siguiente de la cesárea.

4) Finalmente, si dejamos a un lado los datos estadísticos globales y entramos a analizar los diversos supuestos concretos de responsabilidad en el ámbito sanitario, cabe destacar datos particulares relevantes.

Desde luego, los Consejos Consultivos pueden descubrir sin dificultad los supuestos de ausencia de consentimiento del paciente que, si bien son cada vez menos frecuentes, siguen existiendo, y en los que la carga de la prueba corresponde a la Administración. Ausencia de consentimiento que, según ya señalé, da lugar a indemnización por el daño causado si dicha ausencia creó el riesgo que se materializó

en el resultado (y existía otro tratamiento alternativo); y que en otro caso da lugar, al menos, a una indemnización por daño moral.

Asimismo los genuinos casos de pérdida de oportunidad son también relativamente fáciles de detectar (incluso en ausencia de informes periciales de la parte reclamante), dado que en los casos de tal pérdida basta con acreditar simplemente que el paciente podría haber recibido potencialmente un tratamiento más eficaz o con mayor antelación.

Y esto es importante porque en las propuestas de los instructores no es frecuente el reconocimiento de ausencia de consentimiento y de pérdida de oportunidad, tal vez por el hecho de que las Administraciones autonómicas cuentan con un seguro para los casos de responsabilidad patrimonial sanitaria que no suele cubrir los supuestos de daño moral.

Pero a todo lo anterior también hay que añadir que en algunos casos las infracciones verdaderamente graves de la *lex artis* pueden ser detectadas por el Consejo consultivo, incluso aunque no exista un dictamen pericial de la parte reclamante. Y esto es lo que sucede señaladamente en las lesiones nosocomiales, en las que también se invierte la carga de la prueba, de tal manera que es la Administración la que debe demostrar que su actuación se adecuó a la *lex artis*, y en las que puede existir responsabilidad aunque haya habido consentimiento del paciente. Así las cosas, existen dictámenes del Consejo consultivo en los que se aplica entonces el criterio del daño desproporcionado (o sea, un daño del que no se ofrece una explicación satisfactoria) y la regla de la *res ipsa loquitur* o, mejor, la regla de la prueba basada en la apariencia (*Anscheinsbeweisung*), reconocida ya por el TS (sirva de ejemplo el referido caso de la cesárea programada).

En resumidas cuentas, a la vista de todo ello, cabría plantearse, para concluir, las posibles propuestas de mejora de cara a una mayor utilidad de los dictámenes de los consejos consultivos.

Entre otras que pudieran adoptarse, hay una que me parece particularmente interesante y que ya se ha adoptado en algunos Consejos consultivos como los de Castilla-León y Castilla-La Mancha, esto es, establecer convenios con las Facultades de Medicina con el fin de que estas puedan atender consultas concretas que sean relevantes para la emisión de dictámenes, unas consultas que, rodeadas de las necesarias garantías

de imparcialidad, pueden resultar útiles y probablemente beneficiosas en términos de eficiencia o de coste de oportunidad.

* * * * *

Prof. Dr. Oriol Mir Puigpelat

Catedrático acreditado de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

~La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y su capacidad de prevención de errores médicos~

I. INTRODUCCIÓN

Constituye para mí un motivo de gran satisfacción poder participar en un congreso tan interesante como el que nos reúne, que brinda la oportunidad de llevar a cabo un estimulante diálogo interdisciplinar sobre los distintos tipos de responsabilidad que pueden desencadenar los errores médicos y sobre su respectiva eficacia preventiva de tales errores.

A la vista del programa y de la finalidad del Congreso, y teniendo en cuenta que soy el único administrativista que actúa como ponente en un plantel de eminentes penalistas y civilistas, me ha parecido oportuno dividir mi intervención en dos grandes partes: en la primera resumiré los requisitos fundamentales de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria española, trazando algunos paralelismos con la responsabilidad penal y civil (II), mientras que en la segunda, más breve, efectuaré algunas reflexiones sobre la capacidad preventiva de errores médicos que corresponde a dicho instituto de la responsabilidad patrimonial (III).

II. UNA VISIÓN PANORÁMICA SOBRE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA ESPAÑOLA

La responsabilidad patrimonial de la Administración española, introducida de forma general en nuestro ordenamiento por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y convertida en un componente esencial de la cláusula constitucional del Estado de Derecho por el art. 106.2 de la Constitución de 1978 –que obliga al legislador a establecer un sistema de responsabilidad que indemnice a los ciudadanos por los daños que las distintas Administraciones españolas puedan irrogarles–, surge cuando concurren una serie de requisitos materiales regulados –de forma excesivamente parca e indeterminada, como he tenido ocasión de señalar en distintos trabajos– fundamentalmente en los arts. 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), la ley más importante del Derecho administrativo español, junto con

la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). La misma LRJPAC establece también los requisitos procesales que deben observarse para obtener resarcimiento en concepto de responsabilidad patrimonial. Primero aludiré a los requisitos materiales y luego a los procesales.

1. Requisitos materiales

Según la jurisprudencia, para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria) deben concurrir *cuatro grandes requisitos materiales*.

a) *Daño*

En primer lugar, debe haberse producido un *daño*. Como ocurre con la institución de la responsabilidad civil extracontractual, de la que la responsabilidad patrimonial de la Administración es solo una modalidad específica, la existencia de un daño es un requisito esencial para su surgimiento, a diferencia de la responsabilidad penal, que puede nacer también en supuestos en que la conducta antijurídica no se ha traducido en resultado lesivo alguno. El daño es esencial porque, como se verá, la función principal de la responsabilidad patrimonial consiste en indemnizar, normalmente mediante un pago en metálico, los daños ocasionados por la Administración.

Para que merezca ser indemnizado, el daño debe reunir una serie de condiciones: debe ser *efectivo, evaluable económicamente, individualizado en una persona o en un grupo de personas* y ser *antijurídico*, esto es, ha de tratarse de un daño que la víctima “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley” (art. 141.1 LRJPAC). La jurisprudencia ha dado una particular importancia a este último requisito del daño antijurídico. De la dicción literal del inciso legal transcrito y de su previa configuración doctrinal se deducía que el referido requisito tenía un alcance muy limitado, sirviendo para excluir la responsabilidad de la Administración únicamente en casos evidentes, aquellos en que el propio ordenamiento impone el deber de soportar un determinado perjuicio sin indemnización, justificando su causación (como ocurre, señaladamente, siempre que la Administración ejerce de forma ajustada a Derecho potestades conferidas legalmente que irrogan, por su propia naturaleza, perjuicios a los ciudadanos –piénsese, p. ej., en los daños ocasionados por el ejercicio de las potestades sancionadora o tributaria: es evidente que el sujeto a quien se le impone una sanción administrativa o se le obliga a pagar un tributo de forma ajustada a Derecho no ha de

poder recuperar luego, por vía de la responsabilidad patrimonial, el importe satisfecho—. Pero la jurisprudencia ha ampliado enormemente la virtualidad exoneratoria de dicho requisito y lo utiliza con mucha frecuencia para negar la responsabilidad de la Administración, como se verá luego.

Esta misma jurisprudencia suele incluir también en el requisito del daño antijurídico la exigencia de que el daño no fuera *imprevisible o inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica* existentes en el momento de su producción, exigencia introducida en 1999 en el art. 141.1 LRJPAC para evitar nuevas condenas como las que se produjeron, hace unos años, por el contagio transfusional del virus del SIDA o de la hepatitis C en hospitales públicos cuando la ciencia médica ni siquiera conocía las vías de transmisión de tales enfermedades, y que es habitual en el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, donde se la suele conocer como “cláusula de exoneración de los riesgos del desarrollo”.

Cuando concurren las referidas condiciones, la jurisprudencia considera resarcibles tanto los *daños patrimoniales* (incluyéndose el daño emergente y el lucro cesante), como los *morales*, afirmando el *principio de reparación integral* de todos los perjuicios sufridos por la víctima. En la valoración de los daños ocasionados por la Administración sanitaria suele tenerse en cuenta el famoso baremo contenido en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aunque posea, en dicho ámbito, un mero carácter orientador y no resulte vinculante.

b) Funcionamiento de los servicios públicos

El segundo gran requisito material de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la existencia de “*funcionamiento de los servicios públicos*” (art. 139.1 LRJPAC), expresión empleada tradicionalmente en este ámbito como sinónimo de actividad administrativa. La jurisprudencia suele interpretar este requisito de forma amplia y considerar que merecen la calificación de actividad administrativa y se imputan a la Administración (sanitaria y no sanitaria) todas aquellas conductas realizadas por quienes se encuentran insertos en la organización administrativa (sea cual sea el título jurídico por el que se insertan en ella: funcionarial, laboral, cargo electo, etc.) en ejercicio o –al menos– con ocasión de sus funciones al servicio de la Administración.

Basta con que se acredite que la conducta lesiva procede de la Administración, sin que sea necesario identificar al concreto agente administrativo (a la concreta persona física) que la ha llevado a cabo (es la denominada “culpa anónima”).

c) *Relación de causalidad*

El tercer requisito material es la existencia de *relación de causalidad* entre esta actividad administrativa y aquel daño sufrido por la víctima. La jurisprudencia no es especialmente rigurosa en la apreciación del nexo causal. Dependiendo del caso maneja teorías más o menos estrictas, como, sobre todo, la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones. A diferencia de la jurisprudencia penal, no ha recibido la teoría más sofisticada de la *imputación objetiva*, que algunos administrativistas hemos propuesto importar de la doctrina penalista, tras adaptarla debidamente a las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración. A su vez, la jurisprudencia considera que el hecho de terceros y, sobre todo, la *culpa de la víctima*, pueden romper el nexo de causalidad y llegar a excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque lo más habitual es que su concurrencia sirva solo para reducir el importe de la indemnización que deberá satisfacer aquella.

En materia de causalidad posee especial interés la importante recepción que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha efectuado, en los últimos años, de la teoría anglosajona de la *pérdida de oportunidad*, y que está teniendo un campo creciente de desarrollo, precisamente, en materia sanitaria. Como es sabido, dicha teoría permite conceder una indemnización parcial en aquellos casos en que existen dudas sobre el curso causal que habrían tenido los acontecimientos de haber actuado correctamente el sujeto llamado a responder. Es lo que ocurre, p. ej., cuando la Administración no diagnostica correctamente una determinada enfermedad, y con posterioridad se plantea la duda de qué habría ocurrido en caso de que se hubiera efectuado un diagnóstico correcto más temprano. A menudo no es posible afirmar con certeza que con ello se habría evitado el daño, sino solo que con el error de diagnóstico se ha privado al paciente de una oportunidad seria de curación. Cuando ello sucede, la teoría de la pérdida de oportunidad permite al menos conceder a la víctima una indemnización parcial (proporcional a las probabilidades de curación que habría tenido el paciente), en lugar de la ausencia de toda indemnización a que abocaría la concepción tradicional de la causalidad. En materia sanitaria, esta teoría se emplea también para indemnizar

parcialmente los daños sufridos por los pacientes en casos en que la Administración no ha recabado su debido *consentimiento informado*.

d) Ausencia de fuerza mayor

El cuarto y último gran requisito material, también exigido por la ley desde 1954, es la falta de concurrencia de *fuerza mayor*. Dos notas caracterizan a los eventos constitutivos de fuerza mayor según la jurisprudencia: se trata de acontecimientos externos a la actuación administrativa que producen daños inevitables, tales como terremotos y otros desastres naturales.

e) Culpa (funcionamiento anormal). La responsabilidad objetiva como mito jurídico

La jurisprudencia contencioso-administrativa no exige, en cambio, expresamente, que la Administración haya ocasionado el daño de forma dolosa o negligente para que surja su deber de indemnizar. Según un número incontable de sentencias, un rasgo distintivo del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración, que lo diferenciaría ostensiblemente de la responsabilidad penal o del régimen general de responsabilidad civil extracontractual de los particulares contenido en el art. 1902 del Código civil, sería que el primero prescinde del requisito de la culpa, instaurando una *responsabilidad objetiva*. Esta afirmación, mantenida también durante muchos años por la doctrina administrativista, y que aún se encuentra presente, por inercia, en numerosos manuales de la especialidad, tendría su fundamento en el hecho de que la normativa, desde 1954, (parece que) obliga a indemnizar, sin distinciones, tanto los daños que derivan del “funcionamiento anormal” de la Administración, como los que pueda ocasionar su “funcionamiento normal” (art. 139.1 LRJPAC, en la actualidad).

Pero una semejante responsabilidad objetiva global de la Administración, además de no ser deseable *de lege ferenda* (como he tratado de demostrar en otro lugar y comparten ya muchos administrativistas), no puede decirse que exista tampoco en la praxis jurisprudencial, constituyendo un ejemplo llamativo de *mito jurídico*. Los tribunales del orden contencioso-administrativo, en efecto, pese a afirmar con rotundidad el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, en la práctica solo condenan a la Administración, en la inmensa mayoría de los casos, cuando consigue acreditarse que ésta ha incurrido en funcionamiento anormal. Ello es especialmente cierto en el caso de la responsabilidad de la Administración sanitaria, donde solo se la

condena cuando pueda afirmarse que la actuación médica ha vulnerado la *lex artis*, el estándar de diligencia manejado también por la jurisdicción civil en relación con la asistencia sanitaria prestada en centros privados. Basta citar, a este respecto, como ejemplos recientes, las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de abril y 20 de mayo de 2014 (rec. cas. núms. 2766/2012 y 2377/2012, respectivamente). El requisito de la vulneración de la *lex artis* no se menciona de forma separada, sino que suele vincularse al requisito antes mencionado del daño antijurídico, desnaturalizándolo por completo.

Puede afirmarse, por tanto, que junto a los expuestos existe un quinto requisito material de la responsabilidad patrimonial de la Administración (sanitaria y no sanitaria), tan o más importante en la práctica que los anteriores: la existencia de funcionamiento anormal de la Administración, que en materia sanitaria tendría su traducción en la vulneración de la *lex artis*. Ello suele ser desconocido por los juristas que se acercan a la responsabilidad patrimonial de la Administración desde otras ramas del ordenamiento, y merece ser aclarado.

Importa destacar también que el criterio del funcionamiento anormal constituye un tipo de *culpa objetivada*, similar al que prevalece también en materia de responsabilidad civil extracontractual, y distinto de la culpa subjetiva exigida en Derecho penal. Como culpa objetivada, se tiene sobre todo en cuenta la vulneración de estándares objetivos de diligencia exigibles a la Administración como organización – como puedan ser los protocolos médicos en el ámbito sanitario–, sin que se examinen los conocimientos y capacidades específicos del concreto agente administrativo causante del daño.

2. Requisitos procesales

Cuando concurren los requisitos materiales expuestos, la víctima dispone de un año de plazo para reclamar la indemnización. En el caso de daños físicos o psíquicos, que son los habituales en materia sanitaria, dicho *plazo de prescripción* se inicia en el momento en que se produce su curación o –cuando ella no es posible– se determina de forma definitiva el alcance de las secuelas que sufrirá la víctima.

Una característica destacada del régimen de responsabilidad patrimonial es que la reclamación debe dirigirse necesariamente a la Administración supuestamente causante del daño, que habrá de tramitar un *procedimiento administrativo específico*, regulado

por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, y pronunciarse sobre la procedencia o no de dicha reclamación. En dicho procedimiento, que también puede *iniciar de oficio* la propia Administración, debe obtenerse el dictamen preceptivo y no vinculante del *Consejo de Estado* o del órgano consultivo autonómico equivalente cuando la indemnización solicitada sea de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica. El procedimiento puede finalizar mediante *acuerdo indemnizatorio* entre la víctima y la Administración o mediante resolución unilateral de esta concediendo o denegando la indemnización. En el caso de que no se dicte resolución expresa en el plazo máximo establecido (seis meses, en el procedimiento general, o treinta días, cuando se sustancie el procedimiento abreviado) se producirá *silencio administrativo negativo* y el particular deberá entender desestimada su solicitud.

Solo tras desestimarse la reclamación en vía administrativa (o concederse una indemnización inferior a la solicitada) puede la víctima acudir a los tribunales, que han de ser, necesariamente, los del *orden contencioso-administrativo*, después de que el legislador haya resuelto la polémica que se produjo en los años noventa sobre el orden competente para enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria (arts. 2.e) LJCA y 9.4 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras sus sucesivas modificaciones). Parece, en todo caso, que subsiste la posibilidad de que las víctimas ejerciten ante el orden civil la *acción directa* contra – solo– la *aseguradora* que pueda (y suele) tener la Administración, acción que reconoce de forma general el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Tras la drástica restricción del *recurso ordinario de casación* operada por la reforma de 2011 del art. 86.2.b) LJCA (que lo ha limitado a las reclamaciones superiores a los 600.000 €) y las limitaciones inherentes a los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de la ley, son en la actualidad muy pocos los asuntos que llegan en esta materia al Tribunal Supremo, lo que dificultará la formación de una jurisprudencia coherente y accesible.

De especial importancia resulta considerar que, tras la aprobación de la LRJPAC (o, en todo caso, tras la reforma de que fue objeto en 1999), *ha desaparecido la acción directa* de que antes disponían las víctimas para reclamar indemnización al *agente administrativo* causante del daño (el médico, p. ej., en materia sanitaria). Ello significa que las víctimas solo pueden exigir la indemnización a la Administración a la que

pertenece el sujeto, a través del procedimiento antes descrito. Será dicha Administración la que, tras abonar la indemnización a la víctima, ejercerá la denominada *acción de regreso* contra el referido agente, cuando este haya actuado con dolo o culpa grave (no en otro caso). El ejercicio de la acción de regreso es, en teoría, obligatorio (art. 145.2 LRJPAC), pero en la práctica tiene lugar en contadísimas ocasiones.

La acción directa contra el agente sí puede ejercerse, excepcionalmente, en caso de que este haya cometido un *delito*. El art. 121 del Código penal no solo permite dicha posibilidad, sino que establece la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, obligando a que se reclame también esta en el proceso penal cuando en él se exija la responsabilidad civil derivada de delito al agente. Esta vía resarcitoria en sede penal resulta compatible con la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración a través del procedimiento administrativo antes examinado, con el único límite de que no se produzca duplicidad indemnizatoria. Según el art. 146.2 LRJPAC, ambas vías se tramitarán en paralelo, salvo que la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuyo caso se suspenderá el referido procedimiento administrativo.

III. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE ERRORES MÉDICOS EJERCIDA POR EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Tras el repaso de los principales requisitos materiales y procesales de la responsabilidad patrimonial de la Administración nos encontramos ya en condiciones de abordar la pregunta que constituye el objeto de la segunda parte de esta ponencia: ¿posee dicha institución capacidad para prevenir errores médicos?

No hay duda de que, como suele señalarse, la función principal de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como de la responsabilidad civil extracontractual, es la *compensatoria*. Así se desprende del hecho antes apuntado de que solo surja en caso de producción de un daño, de que se traduzca en la obligación de pago de una cantidad cuyo importe viene determinado únicamente por el alcance del daño (y no de la gravedad de la conducta realizada), y de que dicha cantidad sea abonada, en concepto de indemnización, a la víctima. Ello constituye una diferencia de relieve entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad penal (o la responsabilidad a que dan lugar las sanciones administrativas), que carece de finalidad compensatoria y persigue y se justifica en un Estado de Derecho,

primordialmente, por su función preventiva, en su doble dimensión de prevención general y especial.

Ello no significa, sin embargo, que la responsabilidad patrimonial no posea también una destacada función de *control* de la actuación administrativa y de *prevención* de futuros accidentes. Como he tenido ocasión de exponer en otro lugar, son muchos los autores que sostienen que la responsabilidad civil extracontractual despliega y se justifica también por su función preventiva, por constituir un incentivo importante para la adopción de comportamientos diligentes que eviten la producción de accidentes y el pago de indemnizaciones que pueden llegar a ser muy elevadas. Esta función preventiva explica que se prefiera, p. ej., el mecanismo de la responsabilidad civil frente a alternativas que poseen menores costes de administración, como los fondos públicos de indemnización automática a las víctimas de accidentes. Lo mismo puede afirmarse respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Cuando se produce un daño en un hospital público y la víctima reclama una indemnización, el sistema de responsabilidad patrimonial brinda la posibilidad de llevar a cabo un control interno y externo muy saludable de cómo se ha desarrollado la prestación sanitaria y ofrece un incentivo muy poderoso a los gestores públicos para adoptar medidas que puedan evitar que dicho accidente se repita en el futuro.

De hecho, el tipo específico de prevención que propicia la responsabilidad patrimonial presenta algunas *ventajas* respecto la que ofrece el Derecho penal, complementándola debidamente. Al vincularse a la noción más amplia y laxa del funcionamiento anormal de la Administración y predicarse de una organización y no ya de las concretas personas físicas involucradas en la causación del daño (que ni siquiera es preciso identificar, como se ha dicho), la responsabilidad patrimonial cubre muchos más posibles errores médicos y eventos adversos que la responsabilidad penal. En particular, cubre con toda naturalidad los denominados errores sistémicos o institucionales, más frecuentes en la práctica que los errores médicos individuales. Además, al carecer del estigma y las graves consecuencias de la responsabilidad penal, permite compensar a las víctimas e identificar y prevenir errores médicos sin cuestionar ni criminalizar la actuación del personal médico. Ello es especialmente cierto si, como se ha apuntado, ni siquiera se ejerce en la práctica la acción de regreso contra dicho personal. La responsabilidad patrimonial asume, en definitiva, una *función preventiva de tipo más institucional-organizativo* que individual, incidiendo más en los gestores

del sistema sanitario que en el personal médico y llegando donde no llega la prevención penal.

Vista desde esta perspectiva, la responsabilidad patrimonial puede contribuir (junto con otros mecanismos, como p. ej. los sistemas de notificación y registro de eventos adversos) a *reforzar la nueva cultura de la seguridad*, frente a la cultura tradicional de la culpabilización, tal como reclaman el programa del presente Congreso y buena parte de la literatura extranjera reciente sobre gestión de riesgos sanitarios. Para ello parecería conveniente aprovechar el gran potencial que ofrece, en este sentido, el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad antes expuesto. En la actualidad, dichos procedimientos se inician prácticamente siempre a instancia de la víctima, la Administración los suele tramitar con lentitud y desgana, adoptando una posición defensiva y resolviéndolos mucho tiempo después de que se haya producido la desestimación por silencio administrativo. Los acuerdos indemnizatorios con las víctimas son testimoniales y el dictamen del órgano consultivo se produce a menudo cuando el asunto ya se encuentra en sede judicial.

Frente a esta situación, bajo el nuevo paradigma de la seguridad y de mejora de la gestión de los riesgos sanitarios, cabría utilizar dicho procedimiento, tan costoso en términos económicos para la Administración, para detectar, registrar y examinar de forma inmediata y proactiva los errores médicos acaecidos, compensar rápidamente a las víctimas que lo merezcan y extraer las consecuencias necesarias para prevenir que tales errores vuelvan a producirse en el futuro (revisando los protocolos de actuación existentes, reforzando las plantillas allí donde se detecten carencias, mejorando los sistemas informáticos y la formación continua del personal, etc.). A tal fin resultaría aconsejable potenciar la iniciación de oficio de los procedimientos por parte de la propia Administración y la celebración de acuerdos indemnizatorios con las víctimas cuando proceda el resarcimiento. Con ello, además de advertirse y corregirse errores que ahora permanecen ocultos, se daría una mayor y más rápida satisfacción económica y moral a los pacientes afectados (que a menudo tienen que esperar años para obtener una indemnización de los tribunales), se ahorraría una cantidad muy importante de costes de administración asociados a la litigiosidad judicial (gastos de defensa de las partes, coste del sistema judicial) y mejoraría el clima de confianza en la relación de los médicos con sus pacientes.

* * * * *

Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo

Magistrado Emérito de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**~La valoración del daño: el daño moral causado
por la actuación médica~**

Ante todo quiero agradecer a los organizadores de este curso y muy especialmente al Profesor D. Javier de Vicente Remesal que hayan tenido la atención de contar con este Juez –jubilado y, por ello, forzosamente apartado de la vida jurídica que pudiéramos denominar activa–, para desarrollar una ponencia sobre el daño moral causado en el ejercicio de la actividad médica al lado de tantas personalidades del mundo del Derecho, a algunas de las cuales ya he tenido ocasión de escuchar interesantísimas comunicaciones en anteriores sesiones de formación para jueces y magistrados, en las que muchos compañeros nos hemos de sus enseñanzas. Gracias, Javier, tanto por tu decisiva colaboración para hacer posible la celebración de los mencionados seminarios, como por permitirme, ahora, creer por unos momentos que estamos, todavía, en aquellos recordados años noventa en que nos trajiste a los Juzgados de Vigo a buena parte de los profesores que hoy nuevamente nos acompañan junto a unos entrañables compañeros.

* * * * *

Siempre he considerado especialmente relevante contemplar la evolución que, a lo largo de mis años de actuación profesional, iban registrando algunos temas e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Sin ánimo de agotar la materia, citaré la notoria ampliación de la responsabilidad extracontractual a partir de aquellos años en que terminaba mis estudios en la Facultad de Derecho de Santiago (cambio del que, naturalmente, me enteré más tarde). También –y estos casos son incomparablemente más numerosos–, las operadas en muchas relaciones jurídicas desde la promulgación de la Constitución: Así, en la del comerciante con sus clientes que, ahora son consumidores, y que cuentan con una protección mucho más eficaz que la que les deparaba el viejo principio favor debitoris; en la del marido y la mujer, en permanente búsqueda de la igualdad entre cónyuges; en la de Aseguradoras y asegurados, de la que, entre otras cosas, se ha eliminado la eficacia de la letra pequeña de las pólizas que se firmaban. También y ésta es a la que hoy voy a referirme, en la que se establece entre médicos y pacientes, presidida, ya, no por la superioridad que a los primeros otorgan sus

conocimientos del arte de curar, aunque ésta sea indiscutible, sino por la importancia que en ella ha alcanzado el respeto a la dignidad de los segundos, los cuales han pasado a ser los protagonistas de trascendentales decisiones en orden a las medidas y tratamientos que han de ser adoptados en determinados momentos de la prestación de servicios para la reparación de su salud quebrantada, previa una necesaria y completa información.

En todos esos casos, y en varios otros que están en la mente de todos, vemos que actualmente se dispensa por el legislador una nueva y acertada protección a sujetos que anteriormente carecían de ella o que disponían de una tutela jurídica llamativamente débil y, por ello, insatisfactoria, con lo que se ha incrementado notablemente el elenco de intereses que se consideran legítimos y que obtienen una eficaz tutela en los supuestos en que son vulnerados. Y esto, ya a través de la promulgación de normas específicas (Ley de Dependencia, Ley de Igualdad del hombre y la mujer, Ley de protección patrimonial de personas con discapacidad, Ley de Protección Jurídica del Menor...), ya a medio de numerosas reformas del Código Civil o el Penal (p. ej. párrafo segundo del art. 44 Código Civil; arts. 132,1, 148 y 153 del Código Penal); o, en otro aspecto, estableciendo la inversión de la carga de la prueba cuando el proceso tiene por objeto la vulneración de derechos fundamentales (art. 217, 5º, Ley Enjuiciamiento Civil; art. 96, Ley de la Jurisdicción Social; art. 60.7, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y estableciendo la legitimación de determinados entes para el ejercicio de acciones de defensa de los derechos de los consumidores o del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (arts. 11 y 11bis, Ley de Enjuiciamiento Civil; art. 19-i, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; art. 17.2 Ley de la Jurisdicción Social).

Profesores, abogados, fiscales y jueces hemos ido siendo testigos excepcionales y, en múltiples ocasiones, aplicadores de las nuevas soluciones que el Derecho va arbitrando para paliar y remediar tradicionales olvidos. En esta dinámica, no es solo que adquieran primacía sujetos de derecho anteriormente postergados, sino que aparecen nuevos responsables de daños inferidos que prácticamente desconocíamos, incluso, el propio Estado, p. ej., pues, aunque nominalmente figurase mencionado en la redacción originaria del art. 1903 del Código Civil (hasta que se suprimió por el art. 2 de la Ley 1/1991, de 7 de enero, de reforma de los Códigos Civil y Penal), las reclamaciones contra el mismo de los eventuales perjudicados por su actividad, solo han alcanzado

verdadera protección a partir de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Algo análogo sucede con el reconocimiento del Daño Moral, tema en constante expansión desde principios del Siglo XX, cuya implantación y tratamiento iniciales han sido casi exclusivamente obra de la Jurisprudencia, y que presenta multiplicidad de facetas, si bien vamos a ocuparnos preferentemente de las que presentan conexión con la actuación médica.

I. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Como ha tenido ocasión de declarar el T.S, Sala 1ª, (Sentencia de 17/2/2005, entre otras) el Daño Moral es el que se causa a una persona como consecuencia del ataque a bienes o derechos extrapatrimoniales, consistiendo en el impacto o sufrimiento psíquico que en esa persona pueden producir ciertas conductas o actividades

- tanto si implican una agresión directa a bienes materiales
- como si afectan al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a fama, honor, creencias, sentimientos, estima social, dignidad...)

Si en el daño patrimonial surge la obligación de resarcir el daño emergente y el lucro cesante, en el Daño Moral la reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una satisfacción que compense el sufrimiento psíquico o espiritual soportado.

En cuanto al daño moral que ha tenido su origen en la actividad médica, cabe citar la STS, Sala 3ª, de 2 de Enero de 2012, que declara que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye, por sí sola, una infracción de la “lex artis ad hoc”, que lesiona el derecho de aquel a la autodeterminación, al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses, convicciones y preferencias entre las distintas opciones vitales ante la enfermedad que aqueja.

Se causa, así, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico se hubiera acomodado o no a la praxis, sino de la relación causal entre ese acto y el resultado perjudicial obtenido, resultado perjudicial que ha de considerarse indispensable para que el interesado alcance derecho a ser indemnizado. (Existe alguna sentencia discordante, como posteriormente expondremos).

Sin embargo, se añade, el Consentimiento Informado que la ley exige no puede convertirse en un trámite rutinario o burocrático, carente de la relevancia que ha de tener, como es que el paciente pueda asumir la existencia de diversos escenarios de tratamiento. Es decir, ha de irse más allá de formularios estereotipados, puesto que implica que el médico ha de observar la capacidad del paciente para entender tanto la información que se le ofrece como la situación concreta en que se encuentra y las posibilidades de éxito, fracaso, mejoría, etc. Es una compleja relación que requiere un análisis caso por caso así como una detenida atención a las circunstancias concurrentes.

Como posteriormente veremos, el daño moral no se origina únicamente por falta o deficiencias de información, aunque sea ésta la causa más importante.

II. RECONOCIMIENTO JURIDICO DEL DAÑO MORAL

La existencia del Daño Moral y la posible exigencia de su reparación son -en alguna forma- temas nuevos, con toda la “novedad” que supone el hecho de que hayan empezado a reconocerse hace ahora unos 100 años, si bien, según es notorio, han tenido un incremento que si inicialmente ha sido paulatino, es ya fuertemente acelerado en los últimos tiempos.

Ciertamente el Derecho Romano en su última época había admitido la reparación de algunos daños no patrimoniales, como los inferidos al honor, a los sentimientos religiosos, o la privación de tranquilidad. Sin embargo, en el momento de la Codificación tanto el positivismo jurídico –con su rigurosa separación del Derecho y la Moral-, como el capitalismo (que tiende a eliminar todo lo que no sea medible en dinero) determinaron que los bienes de la personalidad pasaran a un segundo plano, llegando a entenderse por ello que la indemnización del daño moral no solo era inviable, sino que además resultaba impertinente. En consecuencia, en nuestro Código Civil, al igual que en el de Napoleón, no apareció referencia alguna al daño moral.

En tal contexto, tras una primera sentencia del TS que al comienzo del pasado siglo negó toda indemnización a la viuda de un peatón atropellado por un tranvía, al no hallar precepto alguno que pudiera servir de fundamento al acogimiento de la pretensión, ya la S. de 6/12/1912 ante la petición de indemnización por una joven, víctima de una noticia falsa sobre su supuesto rapto por un fraile que luego se había suicidado, decidió aplicar las reglas de la equidad y acudió, ante el silencio del Código Civil, a las Partidas (Ley 21, Título 9, Partida 7ª) según la cual el que recibiera deshonra

podría demandar reclamando un pago en dinero, o bien acusar para que el dañador sea escarmentado. El TS castigó, así, el daño moral impropio, los efectos patrimoniales del acto lesivo, considerando que la joven habría de encontrar serias dificultades para casarse e ingresar la correspondiente dote.

En 1917, se condena a reparar el menoscabo causado en la fama y reputación de un médico por su injustificada expulsión de una corporación profesional; en 1928, a indemnizar la difamación de una mujer realizada por medios publicitarios; en 1930 y 1945, los daños al crédito y buena fama de un comerciante y al honor mercantil....

Paralelamente, el daño moral ha ido alcanzando rango legal: Código Penal de 1928 (delitos contra el honor); C.P. 1944 (la reparación comprenderá los daños morales causados no solo al agraviado, sino también a su familia o a un tercero); naturalmente, el C.P.1995, en su art. 113.

Parece fuera de cualquier duda que actualmente la proclamación por la Constitución de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social está produciendo un beneficioso impacto en el progresivo reconocimiento legal de la necesidad de reparar los daños morales causados a otro.

Así:

- Ley 1/1982, de protección al honor, que estableció que la indemnización por intromisión ilegítima se extenderá al Daño Moral, estableciendo, además, algunas pautas para la valoración del mismo.
- Ley de responsabilidad causada por productos defectuosos (Hoy, R.D. Legislativo 1/2007), que remitió a la legislación civil general la indemnización por daños morales.
- Ley de Propiedad Intelectual (tras su reforma por Ley 19/2006, de 5 de Junio), que reconoce al autor acción para exigir la reparación de los daños materiales y morales.
- R. D. Legislativo 8/2004, que aprueba el texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, e incluye los daños morales en la relación de las indemnizaciones básicas tanto por muerte como por lesiones permanentes.

III. CLASES DE DAÑO MORAL

Siguiendo a Juan Antonio Xiol podemos distinguir las siguientes clases de daño moral:

1. Daño moral **SUBJETIVO O PSICOLÓGICO**: la sensación de desánimo, zozobra, inquietud y disgusto que produce a un individuo la pérdida sufrida en su integridad personal o el menoscabo de su dignidad.

2. Daño moral **OBJETIVO**, que no requiere conciencia de pérdida ni sufrimiento personal. Así el de quien como consecuencia de una grave lesión sufrida se halla en coma vegetativo.

Este daño no es propiamente susceptible de indemnización, sino de compensación, con arreglo a criterios de cierta libertad del juez o del legislador, los cuales, sin embargo, habrán de tener en cuenta estrictos parámetros de igualdad.

3. Daño **CORPORAL** que afecte a cualesquiera de los patrimonios de la persona: el biológico u orgánico; el estético; el bienestar físico o psíquico; la capacidad de acción; la autonomía física, mental, intelectual, sensorial; la capacidad sexual; la capacidad de disfrute de comunicación o aprendizaje; la expectativa de vida.

4. **DAÑOS FUTUROS**. Afirma Xiol que en muchos supuestos hay que tener en cuenta el lucro cesante futuro, superando el viejo recelo hacia los llamados perjuicios hipotéticos, y buscar –ponderadamente- la total aplicación de la **RESTITUTIO IN INTEGRUM**, imprescindible en un Derecho de daños propio de un Estado Social.

5. **NUEVOS DAÑOS Y NUEVAS FORMAS DE REPARACIÓN**. Cuando se trata de víctimas en situación de dependencia o incapacidad para regirse por sí mismas es preferible establecer (mejor que una indemnización) una renta vitalicia, pues con ella se evitan posibles enriquecimientos injustos y se garantiza el cumplimiento de las finalidades que han de ser atendidas.

6. **DAÑOS SOBREVENIDOS**. La responsabilidad del causante del daño ha de tener carácter dinámico, debiendo ser resarcidos los perjuicios sobrevenidos, aún cuando haya habido transacción en cuanto a la indemnización correspondiente, si en el momento de llevarla a cabo las partes no podían haberlos tenido en cuenta.

IV. PUNTOS MÁS LLAMATIVOS DE LA JURISPRUDENCIA RECAIDA ACERCA DEL DAÑO MORAL: CONSECUENCIA DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL MÉDICA

1. El pretium o pecunia doloris.

Se trata de ese conocido plus que, además de los gastos de asistencia y de la compensación por los días de baja, con o sin hospitalización, se asigna a quien ha debido soportar dolorosas intervenciones, o va a verse mutilado, desfigurado...

Ciertamente será más frecuente en agresiones y accidentes de circulación, laborales o de cualquier otro tipo, pero también puede reconocerse en una intervención médica muy desafortunada.

2. Pérdida de la calidad de vida.

Se trata de una creación de la doctrina francesa que alude a la privación para el resto de la vida del disfrute pleno de las energías del sujeto y del adecuado desarrollo de su personalidad en el medio social. Puede comprender pérdida de satisfacciones diversas como la práctica de deportes o la limitación o privación de la función sexual que normalmente corresponda a la edad y cultura de la víctima. También la pérdida del ánimo vital, la inclinación al desánimo, el parcial desvalimiento, aún sin llegar a una depresión.

Cabe hacer la misma reflexión del supuesto anterior.

3. Ya dentro de la especialidad en ginecología

a) Wrongful conception o wrongful pregnancy (Nacimiento no deseado)

Como consecuencia del fracaso de ligadura de trompas o vasectomía. Aunque el niño nace sano, la reparación comprendería las responsabilidades y gastos que habían querido eludirse. Pero tal reparación solo procederá si no hubiese existido previo Consentimiento Informado.

Pueden distinguirse varios supuestos:

- Técnica quirúrgica incorrecta, omisión de información sobre riesgo de fracaso de la intervención o sobre las precauciones a adoptar en el postoperatorio
- Prescripción de un método anticonceptivo inadecuado

- IVE fallida que no impide la continuación no deseada del embarazo.

El daño indemnizable ha de vincularse con la lesión de la libertad de autodeterminación personal (libertad de procrear), que constituye un daño moral, al que podrán adicionarse los daños –ya, materiales- por gastos y pérdidas económicas vinculados al embarazo, parto y postparto.

Hay que resaltar que en todos los casos de vasectomía fallida la Jurisprudencia insiste en la exigencia de acreditación inequívoca de la paternidad, no siendo aplicable la presunción del art. 116 del Código Civil.

b) Wrongful birth (Nacimiento injusto)

Al no haberse detectado la posibilidad de que el niño nazca con malformaciones o no haberse informado oportunamente de ello a sus padres, se privó a éstos de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre si procrear o no, o sobre si interrumpir o no el embarazo.

c) Wrongful life (Vida injusta)

Son aquellos casos en que los niños nacen con graves problemas físicos o psíquicos, porque no fue detectado a tiempo el defecto congénito y no pudo optarse por la interrupción del embarazo.

Generalmente la demanda se interpone en nombre y representación del hijo, argumentándose que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, el nuevo ser no habría nacido y no experimentaría el sufrimiento propio de su enfermedad, ni tendría una existencia tan insatisfactoria.

Hay que tener en cuenta que la decisión de la madre de interrumpir el embarazo no es algo que pueda esperarse con certeza absoluta, pues, en ocasiones y por razones religiosas, a pesar de que la madre haya acudido al diagnóstico prenatal, luego decide no abortar.

Señalemos que en estos casos debe distinguirse entre

- el daño moral, siempre de difícil cuantificación por la inexistencia de baremos (problema al que luego aludiremos), tanto el de la madre por verse privada de su facultad de interrumpir el embarazo, como el de ambos progenitores, ante el impacto que les genera la condición de incapacitado de su hijo

- el daño patrimonial que surge para los padres por el gasto extraordinario que conlleva la deficiencia del recién nacido (cuidados médicos, educación especial, adaptación de la vivienda...)

Pueden citarse bastantes sentencias del Tribunal Supremo:

- STS 6/6/1997. Ausencia de información en niño con Síndrome de Down
- STS 4/2/1999. La demanda se basaba en la omisión de ecografía que está indicada en embarazos de riesgo y el niño nació con graves malformaciones.

Sin embargo el INSALUD fue absuelto pues no se trataba realmente de embarazo de riesgo, por lo que no requería vigilancia especial. Tampoco se acreditó que se habría interrumpido el embarazo, si se supiera que iban a existir malformaciones. Se añade, además, que la amniocentesis es una punción que entraña riesgos, por lo que no está sistemáticamente indicada.

- STS 7/6/2002. Absuelve al médico que no había facilitado información sobre la posibilidad de detectar anomalías mediante diagnóstico prenatal, por considerar que no se había aportado a los autos prueba alguna de que, de detectarse, la embarazada habría abortado.

La doctrina señala que, sin embargo, es grave daño moral privar a la madre de esa información.

- STS 18/12/2003. Los tres ecografistas que habían intervenido no observaron la falta de un riñón, del esqueleto de la parte izquierda de la pelvis y de la pierna asimismo izquierda del feto, por lo que se privó a los padres de proceder a la IVE.

La demanda la interpusieron los padres, actuando en nombre propio y en el de su hijo.

Tras un riguroso análisis de la prueba pericial, el TS señala que la deficiente actuación sanitaria previa imposibilitó que el ginecólogo pudiese proporcionar a los padres la información adecuada a la que tenían legítimo derecho, por lo que este último resultó absuelto.

La indemnización impuesta a los tres ecografistas fue de 60.000.000 pts., teniendo en cuenta las expectativas de que se han visto privados los

demandantes y la repercusión del hecho en sus vidas, dada la entidad del evento producido.

- STS 21/12/2005. La demandante, de 41 años de edad, se había desplazado desde Pamplona a Bilbao, a fin de realizar las pruebas necesarias para el diagnóstico prenatal, por lo que se entiende que es más que presumible que su intención fuera proceder al IVE si los estudios hubiesen revelado la presencia en el feto de malformaciones importantes. Se afirma que, en estos casos, la información ha de ser muy minuciosa, sin omitir detalle alguno.

La sentencia distingue entre el daño moral causado por el sufrimiento originado por la contemplación del hijo discapacitado y la privación de su derecho de autodeterminación, al que se añaden los gastos extraordinarios que conllevará la atención y tratamiento de la enfermedad del mismo.

- STS 18/5/2006. La embarazada fue sometida a amniocentesis porque un pariente suyo tenía síndrome de Down. El fracaso de la prueba no se le comunicó a tiempo para proceder a su repetición. Cuando se le informó, ya no podía acudir al IVE.

Se establece que el facultativo que vigila el embarazo y solicita la prueba mencionada tiene la obligación de controlar la información facilitada a la embarazada.

- STS 19/6/2007. A pesar de que la embarazada alegó haber tenido otro parto anterior precedido de un período de gestación especialmente delicado, con reposo absoluto y de que un familiar suyo tenía síndrome de Down (esto último no se había acreditado), el TS confirmó la absolución del médico por la Audiencia Provincial, pues la interesada solo tenía 29 años y la evolución de la gestación en este caso había sido normal.

Establece el TS que la amniocentesis no solo no estaba indicada, sino que incluso debía considerarse desaconsejada, de acuerdo con la *lex artis ad hoc*.

En parecidos términos, la STS 17/11/2008.

- STS 6/7/2007. En este caso se había omitido el “triple screening”, prueba rutinaria e inocua de cribado diagnóstico, aunque de limitada fiabilidad. La mujer, de 31 años, no pertenecía a ningún grupo de riesgo.

El TS afirma que el cribado alertaba sobre una situación sospechosa y aconsejaba la realización de otras pruebas de carácter invasivo y con cierto peligro de aborto. El médico debió haber informado sobre todas las pruebas posibles, a fin de que la mujer decidiera. Esa omisión informativa constituye daño moral grave, por PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.

- STS 19/7/2007. La embarazada, por su edad y antecedentes, solicitó el diagnóstico prenatal al ginecólogo, afirmando que en caso de que se detectasen malformaciones procedería al IVE. EL niño nació con síndrome de DOWN. El TS afirma que el daño moral no había consistido en que el niño naciera con dicho síndrome, sino en la PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD de interrumpir el embarazo, opción que, en estos casos, forma parte del estatuto de la mujer.

Por otra parte, se considera igualmente resultado lesivo, la incapacidad permanente del menor para valerse por sí mismo en sus necesidades fundamentales, precisando que otra persona le auxilie en todas las necesidades de la vida.

- STS 23/11/2007. Plantean la demanda los padres de una niña con síndrome de Down, con base en que la embarazada tenía 43 años y había mostrado su preocupación por el estado del feto. Pese a ello, la matrona le dijo que no se preocupara pues sus hijos anteriores no presentaban ninguna anomalía.

El TS declara que el daño afecta solo a los padres, pues es un daño moral por PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD de adoptar las decisiones que considerasen procedentes. Recuerda, también, que es un daño de difícil cuantificación.

- STS 24/10/2008. El TS afirma que era necesario proceder a una ecografía, pues aunque la amniocentesis descartaba anormalidades cromosómicas, no detectaba la posibilidad de otras morfológicas, que son más numerosas. Se reitera la doctrina de la STS 21/12/2005, antes expuesta.
- STS 4/11/2010. Ha existido falta de información sobre un dato perturbador apreciado en las ecografías morfológicas, privándose a la interesada de la posibilidad de proceder a la IVE.

El médico omitió su deber de información, así como la práctica de pruebas más fidedignas que hubieran permitido confirmar o disipar las dudas derivadas del resultado de las ecografías morfológicas.

4. Daño moral reflejo o por rebote.

En muchas ocasiones existen dos perjudicados: el que ha sufrido el daño en sus bienes o derechos y, además, el indirectamente perjudicado, no en su patrimonio o en su salud, sino en la esfera pecuniaria, en la moral o en ambas.

Así:

- STS 8/4/2002 reconoció el Daño Moral de la viuda del fallecido tanto por la pérdida de su marido, como por los tres años en que había tenido que atenderle, por hallarse inmovilizado.
- STS 30/1/2003. Los daños causados durante el parto al recién nacido por negligencia médica, determina que, además, sus padres sean perjudicados por rebote.

Se trata de un tema ciertamente complejo y polémico, que presenta varios aspectos:

a) Para la indemnizabilidad de estos daños morales POR REBOTE se requiere:

- Existencia de importantes lazos de afecto entre el que ha sufrido el daño y el solicitante de indemnización por ese mismo evento,
- Examen de si ese afecto se considera bastante en la conciencia social para justificar la indemnización por rebote. Dependerá de las relaciones personales existentes.
 - No habrá indemnización si solo existe una relación de amistad
 - Sí, en caso de parejas de hecho, novios prometidos, matrimonio, paternidad o filiación

b) Particularidades que han de tenerse en cuenta:

- Apreciación racional de la situación
- Proporcionalidad
- Equidad y ponderación razonable de las circunstancias del caso

- Mayor o menor cercanía de parientes
- En caso de matrimonios separados, en ciertos supuestos se ha reconocido mayor indemnización a la madre, por tener más relación que el padre con el hijo fallecido
- Menor indemnización a los padres, si el hijo fallecido vivía fuera del hogar familiar
- Ponderación de la pérdida de ayuda mutua, de asistencia familiar
- Interesante sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, como consecuencia de condena a matrona por lesiones al feto, a través de la violencia ejercida sobre la embarazada, establece una doble indemnización:
-A los padres, por daño moral; -Otra de quince millones de pesetas al menor, por 4 horas de sufrimiento, al no haber actuado antes de procederse a la cesárea.

5. El daño estético

Existe una opinión común respecto a que la deformidad, si es permanente e insubsanable por el paso del tiempo, constituye un indiscutible daño moral.

En la Jurisprudencia penal encontramos una especial sensibilidad en cuanto se refiere al daño estético, entendiéndolo que, en términos generales, son constitutivas de daño moral: las cicatrices; las pérdidas de sustancia corporal, cabellos o dientes; las manchas y alteraciones de la pigmentación; la pérdida de la armonía de movimientos o las alteraciones importantes de la apariencia externa.

Todas estas secuelas son tenidas en cuenta, aunque fueren susceptibles de corrección quirúrgica, tanto porque los resultados de ésta son siempre inciertos, como por cuanto no puede obligarse a la víctima a someterse a una operación en beneficio del causante del daño.

Por otra parte, como sabemos, hace ya bastante tiempo que se entiende que la deformidad es valorable cualquiera que sea la parte del cuerpo a que afecte, incluso cuando se trate de aquellas que normalmente van cubiertas por la ropa de vestir, pues siempre va a ser visible para el interesado, así como que su valoración ha de ser independiente de la edad o del sexo del que la sufre.

6. Daño desproporcionado

Nos referimos a aquel daño físico que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, lleve o no aparejado un daño moral, aunque por lo general el impacto sobre el paciente afectado generará el desasosiego, disgusto permanente, sufrimiento, insatisfacción y demás consecuencias que integran el año moral.

El daño desproporcionado denota, por sí solo, una presunción de culpabilidad, por lo que de él ha de responder quien ha ejecutado la conducta originadora, salvo que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción. (STS, SALA 3ª, de 4 de Junio de 2013).

La doctrina del daño desproporcionado permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente, del que ha de esperarse una explicación o justificación, cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que, ya entonces, se presume. (SSTS, Sala 1ª, 16/4 y 23/5/2007)

Ha de entenderse por daño desproporcionado aquel no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional, que obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo, por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se exige al mismo una explicación coherente sobre la disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia de ésta crea una deducción de negligencia, alterando los cánones generales sobre responsabilidad médica, en relación con la atribución de la carga probatoria de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS, Sala 1ª 30/6/2009 y 27/12/2011), sin que ello implique el establecimiento de una responsabilidad objetiva, sino, simplemente, revelas la culpabilidad de su autor, de acuerdo con el principio RES IPSA LOQUITUR (STS 6 de Junio de 2014).

7. Pérdida de la oportunidad

Hay dos grandes ámbitos de aplicación de este particular daño moral por omisión de información: En la actividad profesional de Abogados y Procuradores (a la que, naturalmente, no vamos a referirnos) y en la de los Médicos, que pasamos a exponer.

a) *Se considera daño moral la privación al paciente de la posibilidad de decidir por sí mismo en lo relativo a su salud y a su vida.*

Como anteriormente hemos indicado, tras la promulgación de la Constitución adquieren absoluta primacía y prevalencia en estas materias la dignidad personal del paciente y su derecho a decidir, sobre el posiblemente adecuado cumplimiento de la *lex artis*.

Y esta pérdida de la oportunidad se trata con mayor rigor en la medicina satisfactiva (en la que, en general, se decía que hay obligación de resultados) que en la curativa, en que solo se exigía simple obligación de medios. (1)

Respecto a la consideración de la PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD como daño moral, además de remitirnos a las sentencias, ya citadas, de 6/7/2007; 19/7/2007; 23/11/2007; 24/10/2008 y 4/11/2010, señalaremos, también, las siguientes:

- STS 10/10/1998. Tras la amputación al paciente de una de sus manos, se condena a la enfermera responsable de su conservación, por la pérdida de la oportunidad de intentar la reinserción, aun no pudiendo asegurarse si la misma daría resultado.
- STS 29/5/2003. Tras tres embarazos y tres cesáreas, se procede a una ligadura de trompas, pero no se informa a la paciente de la posibilidad de un nuevo embarazo. Se produce éste y tiene lugar un parto gemelar, con cesárea. Se establece una doble indemnización: Por daño patrimonial, debido a merma del estado de salud; y en concepto de PECUNIA DOLORIS, ya que la pérdida de oportunidad de tratar de evitar un nuevo embarazo ha generado un importante riesgo para la integridad física y aún para la vida, por imponer la necesidad de una cuarta cesárea.
- STS 17/4/2007. El médico no indicó la necesidad de trasladar a un enfermo grave a un centro adecuado y se produjo su fallecimiento. Se estableció una indemnización a favor de los perjudicados no por su muerte, sino por la pérdida de la oportunidad de someterse a una operación.

b) *Fijación del quantum*

En los casos de PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD, la indemnización procedente habrá de ser siempre inferior a la que correspondería al padecimiento total y

final que sufre el paciente, pues los resultados, evidentemente, podrían haber sido otros. En suma, las consecuencias derivadas de la falta de información al paciente no pueden ser las mismas que las que resultan de la mala praxis. Ha de llevarse a cabo una prudencial moderación.

Me parece especialmente oportuno aludir al Dictamen del Consello Consultivo de Galicia, número 259/2014, de 23 de abril, del que ha sido relatora la Presidenta de dicho organismo autonómico nuestra antigua compañera, Doña Teresa Conde Pumpido, que interviene también en el presente congreso, en el que valora la pérdida de la oportunidad por falta de información del facultativo y concede una indemnización del 50% del importe que, en otro caso, sería procedente. No nos detenemos en esto, pues supongo abordará la cuestión en su ponencia.

Ha de tenerse en cuenta que, en todo caso, es preciso que se acredite el sufrimiento de algún daño a resultas del defecto de información, pues nunca existirá responsabilidad civil sin daño. Es decir, la falta de información no es, per se, una causa de resarcimiento pecuniario. Tiene que haberse producido un daño derivado que se habría evitado de haberse realizado la información procedente.

En otro caso, no nos hallaríamos sino ante una mera infracción de los deberes profesionales y de la *lex artis ad hoc*, que será civilmente improcedente.

No debemos silenciar el pronunciamiento de dos sentencias que, en principio parecen desvirtuar el anterior planteamiento:

- De una parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, que sostiene que no es precisa la prueba de un daño real, para que proceda la indemnización, pues si el médico infringió el deber de información al paciente ha vulnerado su derecho a la autonomía personal.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo del mismo año. En un supuesto en que se cambió sobre la marcha el proceso operatorio y sin obtener nuevo consentimiento, se decidió llevar a cabo una intervención de menor entidad y diferente de la proyectada –que se evidenció era innecesaria-, la cual había sido comunicada al interesado, que la había consentido. Si bien la nueva operación no tuvo éxito (tampoco se preveía que lo alcanzase la inicialmente proyectada) no agravó el estado del paciente.

Dice el T.S. que la falta de información en este caso configura la existencia de un daño moral pues, aunque no hubo perjuicio, se lesionó el derecho a la autodeterminación del paciente respecto a los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para que el mismo pudiera decidir libremente sobre la solución más conveniente para su salud, su integridad física y psíquica y su dignidad.

Hay que reseñar que el T.S. continuó en Sentencia de 20 de Mayo de 2011 con su tradicional planteamiento respecto a que si la omisión de información no genera daño, tampoco generará responsabilidad civil. (Recordemos que solo existe doctrina jurisprudencial cuando la misma es reiterada, siendo preciso que se recoja en dos sentencias, al menos, del T.S. Art. 1.6 Código Civil)

- c) ***Pero hay que referirse, además, a las particularidades que puede presentar el cumplimiento de la obligación de recabar de los pacientes un CONSENTIMIENTO INFORMADO antes de proceder a diversas actuaciones médicas.***

Como ha declarado la STS 28/3/2011, el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente a su derecho a la integridad física y a su facultad de impedir toda intervención no consentida sobre su propio cuerpo. Es una facultad de autodeterminación para elegir sobre las medidas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo, consintiendo o rechazando las que se le proponen como necesarias o convenientes. Está fundada en el respeto a su dignidad personal.

La ley básica en esta materia es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente. Ha de tenerse en cuenta, asimismo, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que establece el deber de los profesionales de respetar la personalidad, la dignidad e intimidad de las personas a su cuidado, ofreciéndoles toda la información necesaria para que puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre los tratamientos posibles.

Ha de aclararse, ante todo, que el C.I. no constituye una “patente de corso”, pues su obtención no excluye la obligación de un proceder adecuado. La mala praxis no se halla amparada por ningún documento de C.I. que pueda haber suscrito el paciente antes de la intervención practicada.

Por otra parte, LA INFORMACIÓN TERAPÉUTICA forma parte del proceso previo para la obtención del C.I. y es una exigencia de la *lex artis*. Comprende las medidas a adoptar para asegurar el posterior resultado de la intervención proyectada y debe abarcar, también, las de preparación para dicha operación. A título de ejemplo, con vistas a una vasectomía, ha de informarse sobre la posibilidad de una recanalización y, también, de la necesidad de seguir utilizando después de su práctica otros métodos anticonceptivos hasta que se obtenga un recuento cero de espermatozoides en dos determinaciones consecutivas, realizadas con intervalo de seis semanas.

1. *Personas de quienes ha de recabarse la prestación de su c. i.*

(i) *El propio paciente interesado*

Ya declaró la STS 24/5/1995 que la salud es un derecho personalísimo y, por tanto, la prestación del C.I. es de índole personal, un pudiendo ser emitido por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge, salvo que concurren determinadas circunstancias (urgencia, incapacidad...)

La ley de 2002 dice que el titular es el paciente, pero que también serán informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita.

Esta información será facilitada al interesado en forma adecuada para su comprensión. Si el mismo carece de capacidad para entenderla a causa de su estado, la recibirán las personas vinculadas a él por las mencionadas razones.

Es preciso hacer una referencia aquí a la llamada EXCEPCIÓN TERAPÉUTICA, que permite que la información al paciente se limite, en su propio beneficio, cuando pueda perjudicar su salud de manera grave.

En estos supuestos, aún cuando la intervención médica sea altamente peligrosa y concluya con un resultado lesivo, si la misma se ha llevado a cabo de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, se considera que la acción se desenvuelve dentro del riesgo permitido, resultando penalmente atípica y civilmente irreprochable.

Ante la situación del paciente afectado por un mal pronóstico o incluso en estado terminal, se precisan altas dosis de psicología analizando cada caso concreto, pues el mismo tiene derecho a conocer toda la verdad. En concreto, se dice que al paciente

oncológico ha de transmitírsele cuanta información sea capaz de soportar, o sea, la llamada “verdad soportable”.

(ii) *Su representante*

El apartado tercero del art. 9 de la ley 41/2002 señala los tres supuestos en que puede otorgarse el CONSENTIMIENTO POR REPRESENTANTE:

- Cuando el paciente sea incapaz de tomar decisiones, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si no tiene nombrado representante, el consentimiento será prestado por las personas más estrechamente vinculadas a él por razones familiares.
- Aunque la Ley 2002 no establece prioridades, ni límites, ha de tenerse en cuenta que no puede pensarse en llevar a cabo un referéndum entre todos sus parientes.
- Puede considerarse muy prudente la ley 3/2001 de Galicia, reguladora del C. I. (tras su reforma en 2005), que establece una enumeración encabezada por el cónyuge o quien tenga la condición legal de pareja de hecho; siguen los familiares de grado más próximo, y, dentro del mismo grado, los que ejerzan de cuidadores; y, a falta de los anteriores, los de más edad.
- Cuando el paciente esté incapacitado legalmente, su representante legal.
- Menores de edad no capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, su representante legal, pero, si el menor tiene madurez o es mayor de 12 años, ha de oírse también su opinión.
- Si el menor no es incapaz ni está incapacitado, pero está emancipado o es mayor de 16 años, no cabe pensar en que sea representado, aunque sus padres deberán ser informados para la toma de decisión por el facultativo.

(iii) *Pacientes menores de edad*

Ha de tenerse en cuenta una serie de disposiciones que vienen a conformar una especie de ESTATUTO DE LOS MENORES DE EDAD integrado por:

- la Ley Orgánica 1/1996, que establece que las limitaciones de capacidad de los menores deberán interpretarse restrictivamente.

- el artículo 156 del Código Penal, que excluye la posibilidad de que los menores de edad o los incapacitados, o sus representantes, puedan prestar consentimiento para trasplantes de órganos, esterilizaciones o cirugía transexual. Sin embargo, el párrafo segundo del precepto declara no punible la esterilización autorizada por el Juez de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, y cumpliendo los requisitos que se enumeran.
- el artículo 158, 4º del Código Civil, en cuanto autoriza al juez para que, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dicte las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.
- el artículo 162,1º del mismo cuerpo legal, que excluye de la representación legal de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de MADUREZ, puedan realizar por sí mismos.
- el artículo 13 de la L.O. 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que atribuye exclusivamente a las mujeres de 16 y 17 años el consentimiento para dicha interrupción, si bien al menos uno de sus representantes deberá ser informado de la decisión de la mujer, salvo que ésta alegue que dicha información le provocará un conflicto grave.
- el Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, de protección a las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética y de creación del Registro de datos sobre dichas intervenciones, que, por su parte, exige que en el documento de C. I. para dichas operaciones se incluyan, entre otras circunstancias, las tasas concretas de éxitos y efectos secundarios que en esa intervención concreta tenga el cirujano que la vaya a practicar.

(iv) *Enfermos mentales*

Ha de tenerse en cuenta, ante todo, si los mismos disponen de la necesaria autonomía, en cuyo caso la misma habrá de ser respetada. En otro supuesto, el consentimiento se recabará de su representante legal.

También aquí podríamos hablar de un ESTATUTO DE LOS MAYORES DE EDAD ANTE LA POSIBILIDAD DE SER INCAPACITADOS.

A tal efecto, debe recordarse la reciente reforma del Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad que, en lo que aquí interesa, ha afectado a dos preceptos:

- ESTABLECIMIENTO DE AUTOTUTELA: Artículo 223, segundo párrafo: Cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de TUTOR. Este documento se comunicará de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a que se refiere este artículo.
- DESIGNACION DE MANDATARIO AD HOC: Artículo 1732,3º: Si bien el MANDATO se extinguirá, entre otras causas, por la incapacitación sobrevenida del mandante, esto no sucederá cuando el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.
- Probablemente, el tutor o el mandatario a quienes los preceptos transcritos se refieren aportarán al médico los documentos que les legitiman para recibir la información y otorgar el consentimiento en nombre de sus representados.
- Ha de tenerse en cuenta, además, la posible existencia de un documento de INSTRUCCIONES PREVIAS, al que se refiere el artículo 11 de la Ley 41/2002.

Por este documento una persona mayor de edad, capaz y libre (¿) manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que ésta se cumpla, en el momento en que llegue a situaciones en que no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los

cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez producido el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

El otorgante del documento puede designar, además, un representante que, llegado el caso de que aquel no pueda expresar su voluntad, sirva como interlocutor con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones a que nos referimos.

En algunas CC.AA. (Valencia y Andalucía) pueden otorgar este documento los menores emancipados; en Navarra, también los que tengan la necesaria madurez.

Existe un Registro General de Instrucciones Previas, regulado por el R.D. de 2 de Febrero de 2007.

Ciertamente, el contenido del documento a que nos referimos puede plantear varias cuestiones:

- En primer lugar, el médico ha de tener en cuenta que no serán aplicables las I.P. que sean contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, ni, tampoco, las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto como posible en el momento de manifestarlas.
- En la Historia Clínica del interesado deberá quedar constancia de las anotaciones relacionadas con las previsiones del otorgante.
- Las I.P. son revocables en cualquier momento.
- Si bien no se establece plazo de caducidad para las mismas, se estima que éste sería muy conveniente, ya por las nuevas situaciones que se puedan ir generando, ya por las variaciones del estado general del otorgante, o, incluso y por supuesto, por los nuevos avances científicos.
- De hecho, en Francia, las I.P. caducan a los tres años de ser emitidas; en tanto que en Bélgica solo pueden ser tenidas en cuenta si han sido suscritas o confirmadas en los cinco años anteriores a surgir la situación crítica a que las mismas se refieren.
- ¿Cuál es la vinculación real del médico a lo dispuesto en las I.P.? Aunque tanto en Francia como en España existe una opinión común en el sentido de que las mismas han de ser tenidas en cuenta, es necesario reconocer que es sustancialmente distinta una declaración hecha en frío y por persona sana,

de la que podría formular un enfermo próximo a la muerte. Se dice que una persona no puede saber por anticipado cuáles serían sus preferencias en caso de sufrir una enfermedad terminal.

En todo caso, la inexistencia en nuestro país de un plazo limitado de vigencia, así como el cambio de las circunstancias, tanto personales como científicas, entre el momento del otorgamiento y el de su aplicación, pueden determinar su ineficacia en muchos casos, por lo que si dicho cambio es significativo, el médico dejaría de estar vinculado a las I.P. de su paciente.

Es necesario recordar el contenido de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 143 del Código Penal que castigan la cooperación y la causación al suicidio, incluso aunque existiese una petición seria, expresa e inequívoca del interesado.

Por otra parte, algunas leyes autonómicas (Valencia, Madrid, La Rioja, Extremadura, Baleares y Murcia) reconocen la posibilidad de OBJECCIÓN DE CONCIENCIA del facultativo a quien corresponda aplicarlas.

OBJECCIÓN que, por cierto, recoge también la ya citada Ley Orgánica 2/2010 de Salud sexual y reproductiva, para el médico implicado en una IVE, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados.

Algunas leyes autonómicas reconocen, también la objeción de conciencia del farmacéutico.

Quién debe llevar a cabo la información al paciente

Evidentemente, el médico que va a realizar la intervención de que se trata.

El artículo 4,3 de la Ley 41/2002 establece que el médico responsable del paciente garantiza a éste la satisfacción de su derecho a la información. Además, los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle sobre los mismos.

Requisitos de forma

Se trata de un proceso gradual, que deberá iniciarse con la antelación suficiente y en que la información se facilitará verbalmente, pues es el método más adecuado para que pueda ser plenamente entendida por el paciente.

La exigencia de forma escrita tiene por fin garantizar la constancia del consentimiento, pero no puede sustituir la información verbal, que, como hemos dicho, es la más relevante para el paciente.

La ley 41/2002 enumera los casos en que deberá quedar constancia escrita de que se informó y de que el paciente prestó su conformidad. Pero el hecho de que no hubiere quedado demostración documental no quiere decir que la información no se hubiese facilitado, siempre que por otros medios se acredite la realidad de la misma.

Por otra parte, ha de recordarse que los documentos-tipo o genéricos, carentes de todo rasgo informativo adecuado, no justifican que se haya llevado a cabo la correcta y debida facilitación de información.

Contenido de la información

- las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención originará con seguridad.
- los riesgos personalizados
- los riesgos probables
- los riesgos típicos
- las contraindicaciones existentes
- la posibilidad de acudir a otro centro médico en que se disponga de técnicas médicas más avanzadas
- las consecuencias del rechazo de la intervención propuesta o de abstenerse de tratamiento alguno, a las que posteriormente nos referiremos.

Omisión de la información

El incumplimiento del deber de información determina una desprotección del paciente que generará responsabilidad para el médico a quien incumba facilitarla siempre que se materialicen los riesgos típicos de los que el paciente no haya sido informado, a pesar de que la técnica quirúrgica empleada hubiera sido correcta.

Quedan fuera de la obligación de información los riesgos atípicos, por imprevisibles o infrecuentes, pues no cabe exigir una relación detallada sobre todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales.

La información exigible sobre los riesgos de una determinada intervención no puede ser otra que la fundada en el estado de la ciencia médica en el momento inmediatamente anterior a la práctica de aquella.

En la medicina satisfactiva es más riguroso el deber de informar, incluso sobre riesgos, secuelas o resultados adversos, con independencia de su frecuencia.

Negativa a todo tratamiento médico

Es un supuesto que se ha producido en diversas ocasiones, cuando el paciente pertenece a los Testigos de Jehová y entiende que el tratamiento que el facultativo considera necesario es contrario a sus creencias religiosas.

- Si el paciente que se niega es adulto, ha de respetarse su voluntad, dándole el alta médica en la que se hará constar expresamente, lo mismo que en la Historia Clínica, la razón de tal determinación.
- Si se trata de un paciente menor de edad y son sus padres los que se niegan a la intervención por la causa indicada, ha de prevalecer el mejor interés del menor. Hay que tener en cuenta que el art. 158.4º del Código Civil establece que el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal e, incluso, de oficio dictará las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Está fuera de cualquier duda que la decisión del médico en uno de estos casos no puede reportarle responsabilidad alguna.

V. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

1. Certeza y acreditación del daño moral

Han de ser tenidas en cuenta dos ideas previas:

- Que por afectar a bienes inmateriales la prueba del daño moral sufrido presenta evidentes dificultades
- Que, además, es casi imposible realizar una valoración pecuniaria exacta, por influir múltiples variables, sin que existan criterios objetivos.

Como afirmaba la STS de 26/11/1999 estaremos ante daños de apreciación no tangible, cuya valoración no puede obtenerse de pruebas objetivas y cuya relatividad

impide una rigurosa exigencia judicial. En cualquier caso, han de ser aplicados criterios de prudencia.

Por otra parte, es constatable que el Tribunal Supremo ha utilizado soluciones diferentes, según los diversos casos.

- Unas veces ha afirmado que la falta de prueba no basta para excluir la existencia de daño moral, o que no es necesaria una prueba exigente
- En otros supuestos, la falta de prueba le ha llevado a rechazar toda indemnización
- Generalmente ha establecido que ha de estarse a las circunstancias concurrentes en cada caso
- Tampoco faltan supuestos de aplicación del principio RES IPSA LOQUITUR, si bien en sus justos términos, ya que, en otro caso, se pondría en peligro la seguridad jurídica

2. Fijación del Quantum

Como recuerda la STS de 14/6/2007, la fijación de la indemnización es, en principio, cuestión de hecho, reservada a los Tribunales de instancia. Por ello, su revisión casacional solo será posible si no se han fijado las bases de la indemnización o si se ha incurrido en error en la determinación de las mismas.

De todas formas, se reconoce que es inevitable cierta discrecionalidad judicial.

Sin duda, por ello, la STS de 26/5/2007 sostiene que solo serán revisables en casación las decisiones que impliquen arbitrariedad. Asimismo, las bases fijadas por el Tribunal de instancia, la existencia o inexistencia del hecho determinante de la indemnización, los diversos conceptos que la integran y, finalmente, las contradicciones entre los perjuicios constatados y la cuantía de las indemnizaciones establecidas.

Como norma prudente y práctica, los órganos judiciales deberán justificar o motivar el quantum que establecen

- aplicando módulos valorativos aceptados por la jurisprudencia
- citando sentencias recaídas en casos semejantes.

Y deberán tener en cuenta, como principios generales,

- La prohibición de dar lugar a un enriquecimiento injusto

- El señalamiento de cantidades razonables y proporcionadas, inspirándose en criterios de equidad
- La ponderación de todas las circunstancias del caso
- Tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional insisten en la necesidad de que en las sentencias se desglosen los diversos conceptos indemnizatorios, evitando llevar a cabo una valoración global que implicaría la omisión de una imprescindible motivación.

Por otra parte, ha de recordarse que es preciso analizar la posible existencia de daños de tardía aparición, y, en estos casos, se valorará el LUCRO CESANTE FUTURO, si bien desestimando los perjuicios simplemente hipotéticos.

Asimismo, no es descartable la existencia de DAÑOS SOBREVENIDOS, los cuales si surgen después de una eventual transacción, pero eran imprevisibles habrán de ser indemnizados.

En otro aspecto, debe tomarse en consideración la existencia de NUEVAS FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO, como la fijación de una renta vitalicia para las víctimas que se hallen en situación de dependencia o de incapacidad para regirse por sí mismas. De esta manera, se evitan posibles enriquecimientos injustos de parientes y se garantiza el cumplimiento de las finalidades que han de ser atendidas.

3. El posible establecimiento de baremos

El perjudicado ha de recibir el equivalente del daño sufrido. En caso de que la indemnización que se fije en la sentencia sea superior o inferior a dicho equivalente se producirá un enriquecimiento o un empobrecimiento injusto.

Esta RESTITUTIO IN INTEGRUM ha de realizarse teniendo en cuenta tanto los daños materiales como los morales y deberá comprender el daño emergente, así como el posible lucro cesante.

Tratándose del daño moral, la Jurisprudencia opta por una valoración global, derivada de la apreciación racional, pero no matemática, ya que se carece de módulos objetivos.

Existe, por ello, una inevitable discrecionalidad judicial, siendo imprescindible que se explicita una perfecta motivación

El importe de las primas de seguros de responsabilidad civil se dispara por las elevadísimas indemnizaciones que conceden los jurados. Aunque ha fracasado la propuesta de establecer limitaciones por ley federal para todo el país, en algunos estados se buscan maniobras para limitar las referidas indemnizaciones.

En España existe un clima favorable a promulgar baremos indemnizatorios oficiales vinculantes al estilo del Baremo de la Ley de Circulación de Vehículos de motor, aún reconociéndose las diferencias existentes entre la responsabilidad médica y la contraída con motivo de la conducción de vehículos.

Pero resulta obvio que se genera inseguridad ante las diferentes indemnizaciones que, para casos aparentemente similares, conceden los Tribunales.

En relación con la circulación de vehículos ha de tenerse en cuenta que existe un seguro obligatorio y se ha creado un Fondo de Garantía supervisado por el Consorcio de Compensación de Seguros.

Pero podría pensarse en el establecimiento para la actividad médica de un Baremo orientativo, aunque no vinculante, a fin de que pudiera ser acomodado a las circunstancias concurrentes en cada caso, difícilmente previsibles en pormenor por el legislador.

No puede hablarse de una laguna del ordenamiento jurídico que pueda imponer la necesidad de proceder a una aplicación analógica, ya que existen distinciones objetivas y razonables que justifican la desigualdad entre los distintos sectores de la actividad social en que pueda generarse un daño. Pero, dentro de la amplia libertad de apreciación que corresponde al juzgador, el Baremo de la Circulación de vehículos de motor podría ser uno de los criterios que sirviese de referencia en muchos casos.

A este carácter meramente orientativo del aludido Baremo (que, se insiste, carece de fuerza vinculante) se refieren numerosas sentencias del T.S., las cuales, por otra parte, se ven precisadas a reconocer que la fijación de la cuantía de los daños morales constituye cuestión de hecho que no puede ser discutida en el recurso de casación. Dado su componente subjetivo, ha de quedar reservada al prudente arbitrio del Tribunal a quo siempre que por éste se haya respetado el único requisito controlable en casación: la razonabilidad y ponderación de la indemnización fijada, en atención a los hechos declarados probados por la propia sentencia de instancia. Así, la sentencia de la Sala Tercera del T.S., de 17 de Julio del año en curso, la cual añade que, en cualquier caso, la

indemnización ha de fijarse atendiendo a los criterios del art. 141 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y debe cubrir todos los daños y perjuicios causados, hasta conseguir la reparación integral de los mismos.

Asimismo, la STS, Sala 1ª, 30/11/2011 señala que el Baremo de Circulación puede tener valor orientador para la fijación del pretium doloris y las consecuencias no patrimoniales derivadas de daños corporales sufridos en otros sectores de la actividad, teniendo siempre en cuenta las circunstancias concurrentes. La determinación de la cuantía para la compensación de los daños no patrimoniales precisa una actividad de apreciación del Juzgador, pues no existen parámetros que permitan fijar con precisión los términos económicos del menoscabo que supone el daño moral.

Los partidarios del establecimiento de Baremos, señalan como ventajas de los mismos:

- Generan seguridad jurídica, evitando los inconvenientes de grandes diferencias entre las indemnizaciones que distintos juzgados conceden a supuestos semejantes
- Cumplen el principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución
- Evitará gran número de procesos
- Facilita la prueba del daño y su valoración, lo cual resulta especialmente interesante en lo relativo a los Daños Morales, cuya reparación normalmente muestra supuestos de la subjetividad más absoluta.

4. Los llamados daños punitivos

Una breve referencia a los llamados DAÑOS PUNITIVOS (quizá resultase más apropiado hablar de INDEMNIZACIONES PUNITIVAS) con la que tratan de corregirse determinadas actuaciones –ya sea por negligencia, por abuso de una cierta posición dominante, o con fines puramente crematísticos- de quienes han causado un daño a otros.

Se trata de un tema delicado, inspirado en la idea de que, en ciertos supuestos, la responsabilidad civil, al lado de su tradicional función reparatoria o compensatoria, puede tener otra de naturaleza preventivo-punitiva.

Así, los daños punitivos estarían justificados:

- cuando la conducta del dañador fuera particularmente intolerable

- por ser dolosa
- o por ser gravemente temeraria su imprudencia, al asumir una alta posibilidad de causar daño con su conducta, o por la falta de adopción de precauciones elementales
- cuando sea previsible que la causación del daño ha de proporcionar al dañador un beneficio mayor que la indemnización que el mismo deba satisfacer al perjudicado
- cuando la actuación o conducta dañosa tenga una alta probabilidad de que no llegue a ser judicialmente sancionada (casos, p. ej., en que se causen daños de escasa entidad que afecten a muchas personas, que no llegarán a formular reclamación por resultarles antieconómico).

Supuestos en nuestro Derecho en que se aplica, en mayor o menor medida, la idea que late en la doctrina de los DAÑOS PUNITIVOS:

- Art. 123 del T.R. de la Ley de la Seguridad Social
- Art. 9.3 de la Ley 1/1982 de protección del honor
- Ley 11/1996, de Patentes
- Leyes de Patentes, de Marcas, de Propiedad Intelectual y del Diseño Industrial
- El recargo del interés del 20% que en determinados casos impone a los Aseguradores la Ley del Contrato de Seguro
- ¿Las multas coercitivas que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil? Entendemos que no, pues según se deduce de su denominación y confirma el artículo 711.2 de dicho texto, el importe de aquellas se ingresará en el Tesoro Público.
- Algunos autores añaden el art. 367 de la Ley de sociedades de capital que establece la responsabilidad de los administradores sociales que, en el plazo de dos meses, no convoquen la junta general para acordar la disolución de la sociedad si existe causa legal, o no piden la disolución judicial o el concurso de acreedores si procediese. Esa responsabilidad comprenderá todas las

obligaciones sociales contraídas con posterioridad al momento del acaecimiento de la referida causa legal.

- También, el art. 172.3 de la Ley Concursal que, cuando se declare el concurso culpable, impone a los administradores sociales de los dos años anteriores el abono de todo o parte de los créditos que no lleguen a percibir los acreedores de la sociedad.
- Asimismo, el art.43.2 de la Ley 7/2012, de 29 de Octubre, de lucha y prevención contra el fraude, que declara responsables subsidiarios de las deudas tributarias derivadas de impuestos que deban repercutirse o de cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, a los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas obligadas a efectuar la declaración e ingreso de tales deudas, cuando, existiendo continuidad en el ejercicio de la actividad, la práctica de autoliquidaciones sin ingreso por tales conceptos tributarios sea reiterada y pueda acreditarse que dicha presentación no obedece a una intención real de cumplir la obligación tributaria objeto de liquidación.

La doctrina española rechaza una eventual adopción con carácter general de la figura de los DAÑOS PUNITIVOS en nuestro Derecho.

Sin embargo, algunos autores la considerarían admisible si se estableciesen ciertos mecanismos de control, pues no se considera inconveniente que el perjudicado pueda obtener un plus de indemnización, atendiendo no solo a la entidad del daño sino también a la forma en que éste se ha producido, así como a las circunstancias concurrentes (especialmente al beneficio que el evento ha reportado al dañador), imponiendo un castigo económico a quien causó el daño de forma intolerable.

De acuerdo con este planteamiento, el propósito fundamental de los daños punitivos será reforzar el papel preventivo de la responsabilidad civil, con una función disuasoria de carácter rogado, de naturaleza no penal y con finalidad indemnizatoria de los DAÑOS MORALES.

A tal efecto se señala la necesidad de fijar previamente una serie de cautelas:

- Sería necesario que los Daños Punitivos no fueran asegurables, a fin de reforzar su función disuasoria (recordemos la disposición del art. 123 de la Ley de la Seguridad Social, ya citado)

- No se infringiría el principio NON BIS IN IDEM, pues los Daños punitivos son de naturaleza civil y no penal (como tampoco lo infringen las Consecuencias Accesorias del art. 129 del Código Penal, ni la compatibilidad –que se admite en ciertos casos- de sanciones penales y administrativas)
- Evidentemente, nunca podría ser privado el autor del daño del su derecho al proceso debido
- Habría de exigirse una cumplida acreditación de que se ha producido la conducta generadora del Daño Punitivo
- Sería aplicable la presunción de inocencia, por lo que no se establecerá la inversión de la carga de la prueba
- No podría hablarse de enriquecimiento injusto de la víctima, pues la indemnización punitiva solamente se establecería en conductas totalmente inaceptables y por cuantía razonable.
- Si se admitiese parcialmente su aseguramiento, sería preciso reconocer al asegurador un amplio derecho de repetición
- La norma que impusiese estas indemnizaciones no podría tener carácter retroactivo
- Esta clase de indemnizaciones podría ser objeto de transacción, arbitraje y mediación; siendo, además, renunciable
- La deuda punitiva y el derecho a la indemnización serían transmisibles a los herederos de dañador y perjudicado

En USA existe una amplia aplicación de los DAÑOS PUNITIVOS, si bien existe una propuesta de limitar a 250.000\$ las indemnizaciones procedentes cuando estos daños se causen por mala praxis médica.

VI. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

Su objetivo es facilitar la mejora y armonización del Derecho de la Responsabilidad Civil en Europa.

Son obra de juristas de los diversos países europeos que precisa decisiones de tipo político para que dichos principios se conviertan en normas vinculantes.

Sin embargo, y a la espera de ese momento, cabe destacar una importante labor de nuestra Jurisprudencia, en la que ya diversas sentencias van haciendo aplicación o, al menos, referencia a esos Principios.

Señalemos que el ESTÁNDAR DE CONDUCTA EXIGIBLE se convierte en punto fundamental de la responsabilidad civil, pudiendo definirse como la conducta que adoptaría una persona razonable que se hallare en las mismas circunstancias que el eventual causante de un daño.

Centrándonos en la compensación del DAÑO NO PATRIMONIAL:

Supuestos:

- la víctima ha sufrido un daño corporal
- o un daño en su dignidad, su libertad o en otros derechos de la personalidad
- o una persona allegada ha sido víctima de un accidente mortal o de lesión muy grave

Para cuantificar estos supuestos de daño no patrimonial se tendrán en cuenta las circunstancias del caso, especialmente, la gravedad, duración y consecuencias de dicho daño.

El grado de culpa del causante solo se tendrá en cuenta si contribuye de modo significativo al daño de la víctima.

- En los casos de daño corporal, el daño no patrimonial es el generado por el sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud, física o psíquica.

La indemnización en caso de daño moral consecuencia de daño corporal cumple importantes funciones:

- proporcionar consuelo a la víctima
- afirmar la dignidad humana
- sancionar el comportamiento inapropiado

Ciertamente no existe un mercado que permita fijar el quantum, por lo cual, aunque las indemnizaciones sean convencionales, no pueden calificarse de

arbitrarias.

- Son también indemnizables como daño moral las intromisiones en la libertad, el honor, la reputación o la intimidad.

En cambio, existen reparos a conceder indemnización en los daños causados a las cosas y en los supuestos de incumplimiento contractual (salvo cuando la finalidad del contrato es procurar el solaz. P.ej., si se frustran las vacaciones por el overbooking o por la falta de previsión de la compañía aérea.

- En el caso de los parientes de la víctima,
 - a veces la muerte o lesiones muy graves de un allegado puede causar
 - un daño patrimonial, por la pérdida del sustento que proporcionaba el fallecido
 - y un daño moral, la aflicción sufrida por la pérdida de un ser querido, o por la situación en que queda el mismo, aunque no haya fallecido, que produce la aludida aflicción y, además, la precisión de proporcionarle una atención permanente.
- Supuestos de reducción de la indemnización:
 - si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el dañador
 - si la víctima se ha beneficiado en alguna medida por el daño sufrido.

En cuanto a los daños punitivos:

- No se admiten indemnizaciones punitivas que sean manifiestamente desproporcionadas respecto a la pérdida real de la víctima y que solo tengan la finalidad de castigar al causante del daño a través de la responsabilidad civil, pues se consideran contrarias al orden público del foro. (Hay que recordar la renuencia de los estados europeos a proceder a la ejecución de las sentencias pronunciadas por los Tribunales norteamericanos, dada la exageración de las indemnizaciones que en muchos casos conceden los jurados que consideran que se ha causado un daño punitivo)

- Sin embargo las indemnizaciones punitivas son parcialmente aceptadas en Francia e Inglaterra. En Argentina, se aboga por que se apliquen a las relaciones con los consumidores.
- Algunos juristas indican que la conducta del dañador sea tenida en cuenta en la indemnización, si ha contribuido al daño de la víctima.

En algunos ordenamientos se admite el establecimiento de indemnizaciones simbólicas en aquellos casos en que se ha lesionado un derecho sin que se haya llegado a causar un daño material efectivo.

Vigo, Septiembre de 2014

(1) MEDICINA CURATIVA-OBLIGACIÓN DE MEDIOS. MEDICINA SATISFACTIVA-OBLIGACIÓN DE RESULTADOS.- SUPERACIÓN DE ESTE INICIAL PLANTEAMIENTO.

Considero oportuno hacer referencia a la evolución jurisprudencial registrada respecto a la distinción entre una MEDICINA CURATIVA, que daría lugar a un arrendamiento de servicios entre médico y paciente, y otra, SATISFACTIVA, en que la relación contractual sería de arrendamiento de obra. La primera comportaría únicamente una OBLIGACIÓN DE MEDIOS, en tanto que la segunda exigiría una OBLIGACIÓN DE RESULTADO.

Hasta 2005, así eran las cosas y entre los supuestos en que se requería un resultado favorable, con arreglo a lo pactado y esperado, se enumeraban las vasectomías y ligaduras de trompas, la cirugía estética, los liftings, los análisis clínicos, las técnicas odontológicas no estrictamente curativas...

Ya a partir de la STS 21/10/2005, se afirma que la obligación del facultativo, aún en la medicina satisfactiva, será únicamente de medios, excepción hecha de aquellos supuestos en que por parte del médico hubo un aseguramiento del resultado o bien cuando la información facilitada al paciente fue sesgada o inadecuada.

Podemos anotar, así:

- La sentencia últimamente mencionada, en la que la condena se basa en la omisión de la información previa de la existencia de un riesgo de infrecuente presentación.

- STS 22/11/2007, que establece que en la Medicina satisfactiva ha de extremarse la información.
- STS 4/10/2006. Fracaso de un tratamiento de implante capilar. De acuerdo con la campaña publicitaria realizada se llegaba a la conclusión de que el tratamiento era sencillo y de imposible resultado negativo. El TS señala la omisión de una clara falta de información sobre los riesgos, que revela una cierta “frivolización de la cirugía”.
- STS 30/6/2009. No es posible establecer una distinción entre obligación de medios y de resultado en la actividad médica, salvo que el resultado se garantice. En realidad, la responsabilidad del profesional médico es de medios y, como tal, no puede garantizar un resultado concreto. Existe siempre un cierto componente aleatorio, pues se actúa sobre personas y, por ello, el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas del paciente. Lo contrario, sería prescindir de la idea subjetiva de culpa para establecer una responsabilidad objetiva derivada del simple resultado obtenido, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad, cuando está reconocido científicamente que la absoluta seguridad de un resultado no es posible, pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual.
- STS 20/11/2009 y 27/9/2010, mantienen la misma doctrina.)

* * * * *

Prof. Dra. Geovana Andrea Vallejo Jiménez

Profesora Titular de Derecho penal, Universidad San Buenaventura-Seccional Medellín. Especialista en Derecho penal por la Universidad Eafit y doctora en Derecho de la Universidad de León (España). Socia de la FICP¹.

~La prevención de errores médicos y eventos adversos en Colombia²~

I. INTRODUCCIÓN

La seguridad del paciente es una actividad en el que viene insistiendo desde hace varios años la Organización Mundial de la Salud. La preocupación por los riesgos que produce la prestación del servicio sanitario y la producción de los eventos adversos³ se ha visto reflejado tanto en países desarrollados, como en países en vía de desarrollo, de ahí que surjan acuerdos entre los diferentes líderes mundiales para que se creen programas orientados a alcanzar la seguridad del paciente⁴.

Como consecuencia de lo anterior Colombia no ha sido ajena a establecer y diseñar políticas públicas para garantizar la seguridad del paciente. Por lo tanto, en lo que sigue se va a hacer un breve análisis sobre los diferentes estudios, políticas y reglamentaciones que se han elaborado en Colombia para identificar y prevenir los eventos adversos.

¹ Adscrita al grupo de investigación adscrita al grupo de investigación “Derecho, cultura y ciudad” de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura (seccional Medellín) y Derecho penal de la ULE (DPULE) Correo electrónico: geovanna.vallejo@usbmed.edu.co

² Esta ponencia se inscribe en los proyectos de investigación DER2010-16558 (Ministerio de ciencia e innovación de España en parte con fondos FEDER) y DER2013-47511-R (Ministerio de Economía y Competitividad de España) del que es investigador principal el prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador formo parte.

³ Ministerio de la Protección Social. Herramientas para promover la estrategia de la seguridad del paciente en el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención en salud. Bogotá: Fundación Fitec, 2009, p. 24 y s. define que el evento adverso debe entenderse como aquella lesión no intencional ocasionada durante el proceso médico de la atención del paciente. El evento adverso suele entenderse como un accidente no intencionado que se produce en el ámbito sanitario. Por lo anterior, hay quienes rechazan tratar como sinónimos evento adverso y error médico toda vez que el primero, guarda relación con las deficiencias en la calidad de la prestación del servicio sanitario, mientras que este último puede generar consecuencias legales e individuales para el personal de la salud. La Academia Nacional colombiana de Medicina posterior a la publicación del Estudio IBEAS por parte del Ministerio de Protección social, rechazó el uso indiscriminado del término “error médico” para referirse a la aparición de eventos adversos, al considerar que en estos eventos todos los profesionales e instituciones tratan de prevenirlos mediante estrictos protocolos de manejo; por lo tanto, se considera que si hay errores en proce de atención la responsabilidad debe recaer en primer lugar sobre el Ministerio de la Protección Social.

⁴ SILVA, Dinnenys/LÓPEZ, Carolina. Eventos adversos en los pacientes ambulatorios de una IPS de primer nivel en la ciudad de Medellín en el período de junio a diciembre de 2009. Informe final de proyecto de investigación. Medellín: Universidad del Ces, 2010.

II. ESTADO DEL ARTE SOBRE LA EVALUACIÓN Y REGLAMENTACIÓN DE LOS EVENTOS ADVERSOS EN COLOMBIA.

En Colombia se es cada vez más consciente de generar una cultura para la seguridad del paciente, esta está basada en la creación y el desarrollo de protocolos a través de los cuales se definen los eventos adversos y se diseñan mecanismos orientados a su prevención y a generar procesos de prestación de la atención cada vez más seguros.

El evento adverso más frecuente en Colombia de acuerdo con un estudio elaborado por el Ministerio de la Protección social en el año 2006 era la infección nosocomial, por encima incluso, de los estándares internacionales que reportan por lo general que los eventos adversos en hospitales se producen por reacciones desfavorables a los medicamentos⁵⁶; no obstante, en estudios más recientes se relacionan los eventos adversos en un 63% con algún procedimiento⁷, el 16% con los cuidados, el 14% con el diagnóstico⁸, el 4% con el uso de la medicación y, el 3% con la infección nosocomial, lo que implica que efectivamente las medidas adoptadas para la prevención de este última han resultado efectivas.

Desde el punto de vista de los costes económicos, el evento adverso en Colombia arroja cifras importantes, a finales del año 2013 se tenía calculado que un paciente en cuidados intensivos, con una estancia promedio de 3 días, el valor de la atención podría ascender a los 10 millones de pesos, es decir, alrededor de 3.200 Euros aproximadamente, no obstante, por un evento adverso como por ejemplo una infección nosocomial (adquirida en la institución) la estancia podría triplicarse y los costos multiplicarse por 10. De acuerdo con la Sociedad Colombiana de Anestesiología y

⁵ Organización Mundial para la salud, IBEAS: Red pionera en la seguridad del paciente en Latinoamérica. Hacia una atención hospitalaria más segura. OMG, 2010.

⁶ GÓMEZ, Olga/ARENAS, Wendy/GONZÁLEZ, Lizeth/GARZÓN, Jennifer/MATEUS, Erika/SOTO, Amparo. Cultura de seguridad del paciente por personal de enfermería en Bogotá, Colombia. En: Ciencia y enfermería, N°18 (3), 2011, p. 98, incluso en los países en desarrollo se reconoce como primer motivo de evento adverso los efectos de los medicamentos, así: “Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en los países en vía de desarrollo, el 77% de los eventos adversos corresponden a casos de medicamentos adulterados y de baja calidad, el mal estado de la infraestructura y de los equipos médicos, el escaso control de las infecciones y la falta de cultura hacia la seguridad del paciente, entre otros, conducen a una mayor probabilidad de ocurrencia de eventos adversos evitables”

⁷ RODRÍGUEZ, Luz Marina/PARADA, Doris Amparo/BALLESTEROS, Nury/RODRÍGUEZ, Jenny/CARREÑO, Zury/GUAMPE, Lorena/POLENTINO, Cindy, Vanesa. Frecuencia, evitabilidad y consecuencias de los eventos adversos. En: Ciencia y cuidado, N°1 (8), 2011, p. 81. “Los eventos adversos (EA) ocurridos con mayor frecuencia fueron los relacionados con algún procedimiento y/o cuidados, siendo de estos, los más comunes la cancelación de turnos quirúrgicos y quemaduras, erosiones y contusiones (incluyendo fracturas consecuentes) respectivamente. A su vez la especialidad que más sucesos adversos presentó fue cirugía y de ellos ortopedia prevaleció frente a los demás”.

⁸ *Ibíd.*, p. 78.

Reanimación (Scare) en Colombia la incidencia de demandas por fallas en la atención médica se incrementó en un 45%, mientras que la prevalencia (casos nuevos) tuvo un aumento de un 35%, desde el 2006⁹.

A partir del año 2002 en Colombia se crea el Sistema de Garantía de Calidad de Prestación del Servicio Sanitario, pero inicialmente se trató de un sistema incipiente y sin mayor desarrollo que intentó definir algunos estándares mínimos en términos de infraestructura, procesos, insumos, medicamentos y recursos. Posteriormente, a partir del año 2004 el Ministerio de la Protección Social en Colombia comenzó a adoptar y a ejecutar estrategias orientadas a la identificación y prevención de eventos adversos¹⁰ a través de una política de prestación de servicios en salud contentivo de 3 ejes fundamentales: acceso, calidad y eficiencia¹¹; por tal motivo, en ese año el ICONTEC que es el ente acreditador en salud estableció como prerrequisito para aplicar la acreditación en salud, que las instituciones sanitarias demostraran que estaban desarrollando procesos de vigilancia de eventos adversos. Posteriormente el Decreto 1011 de 2006 estableció el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto permitió, entre otras cosas, comenzar (justo por la exigencia del ente acreditador) a cerrar instituciones y consultorios particulares que no cumplieran con requisitos básicos de funcionamiento y a generar una cultura para que las instituciones prestadores del servicio de salud desarrollaran estrategias de vigilancia de eventos adversos y comenzaran a reportarlos en el sistema de información para calidad creado por el Gobierno Nacional¹². A partir de este decreto, se expide la resolución 1446 de 2006 por la cual se define el Sistema de Información para la Calidad y se adoptan los indicadores de monitoria del Sistema Obligatorio de Garantía de la Atención en Salud –conocida también como resolución de eventos adversos–.

El Gobierno Nacional consciente de que debía seguir avanzando en este tema, en el año 2007 conjuntamente con México, Costa Rica, Perú y Argentina desarrolló el

⁹ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11377961> (Consulta 16-06-2014)

¹⁰ Inicialmente se les denominó eventos adversos trazadores.

¹¹ Ministerio de la Protección Social. Herramientas para promover la estrategia de la seguridad del paciente en el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención en salud. Bogotá: Fundación Fitec, 2009, p. 9 s. El acceso guarda relación con la posibilidad que tienen los pacientes de acceder a los servicios de salud de forma oportuna y sin dilaciones. La eficiencia tiene que ver con todos los mecanismos de gestión idóneos en la prestación del servicio de salud. La calidad constituye el eje central de la prestación del servicio al paciente en cuanto atención médica, clínica, diagnóstica, de intervención y tratamiento.

¹² Ibid, p. 15.

proyecto IBEAS¹³ con el patrocinio de la Alianza Mundial para la Seguridad del paciente, la Organización Panamericana de la Salud y, el soporte técnico del Ministerio de Sanidad y Consumo de España. Este proyecto tuvo como objetivo principal “conocer la prevalencia de los eventos adversos en sesenta y cinco hospitales” de los países latinoamericanos mencionados y, por supuesto Colombia¹⁴, así como “desarrollar metodologías comparables internacionalmente” y “entrenar grupos de evaluadores expertos” para desarrollar políticas de seguridad del paciente¹⁵.

Como producto de lo anterior, se elabora un documento a través del cual se diseñan un conjunto de herramientas o “caja de herramientas”¹⁶, para garantizar la evaluación, reporte y vigilancia de los eventos adversos. Se trata de ocho herramientas denominadas así: estudios para evaluar la incidencia o prevalencia de ocurrencia de eventos adversos; formato sugerido para el reporte intrainstitucional de eventos adversos; instrumentos de tamizaje para la vigilancia intrainstitucional; formato sugerido para identificar y generar la decisión de investigar el evento adverso; proceso sugerido para la investigación y análisis de eventos adversos (protocolo de Londres); rondas de seguridad; formatos para la vigilancia de caídas del paciente y, por último; instrumentos PERT para la evaluación de reingresos de prematuros.

Posteriormente en el año 2009 se elaboró por parte del Ministerio de Protección Social un protocolo de pruebas para la identificación de eventos adversos, en él se definen las pautas para determinar casos de eventos adversos descritos en historias clínicas¹⁷ a través de la identificación de las principales características del suceso¹⁸, la

¹³ Este estudio es equivalente al estudio ENEAS elaborado en España. La metodología empleada en el proyecto IBEAS consistió en un “estudio observacional de tipo transversal que mide la prevalencia con la cual se presentan los eventos adversos, complementado con un estudio retrospectivo complementario que evalúa la incidencia en un 10% de los pacientes estudiados en el estudio de prevalencia”. *Ibid.*, p. 62.

¹⁴ En Colombia participaron 12 instituciones de diferentes regiones del país, acreditadas y no acreditadas, públicas y privadas, en total se evaluaron 3192 camas en el servicio de hospitalización

¹⁵ *Ibid.*, p. 16.

¹⁶ La caja de herramientas es la base del mejoramiento de la gestión clínica y administrativa esta se desarrolla bajo un conjunto de estrategias, metodologías y modelos que se corresponden con unos lineamientos teóricos básicos para garantizar la seguridad del paciente. De acuerdo con Vergel “La caja de herramientas debe contar con un proceso técnico de simplificación, para la transferencia del conocimiento a los usuarios finales necesarios para su posterior aplicación, lo que implica el diseño de tutoriales, que mediante la organización de instrucciones estructuradas y secuenciales, conduzca al usuario paso a paso a través de cada una de las actividades necesarias para su correcta aplicación”. *Ibid.*, p. 58.

¹⁷ Estudio IBEAS Aseguradores. Prevalencia de eventos adversos en Colombia “Protocolo de la prueba de concordancia” Bogotá: Ministerio de la protección social, 2009, p. 5 “Este manual está dirigido a los actores que trabajan con las interfaces del sistema. Este manual no pretende reemplazar los métodos, procedimientos o normas definidos sino servir de instrumento para el diligenciamiento del análisis del estudio de concordancia”

descripción de detalles clínicos que permitieran concluir que la atención en salud es la causante del evento adverso¹⁹, incluyendo estándares que permitiera al personal sanitario valorar la posibilidad de prevención del evento adverso²⁰.

Recientemente a través de la resolución 1441 de 6 de mayo de 2013 “por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones” se ajustan los estándares de los diversos componentes del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud conforme con el desarrollo del país y lo avances del sector sanitario. Entre los estándares de atención que se definen hallamos la identificación y gestión de eventos adversos, estos incluyen: planeación estratégica de seguridad; fortalecimiento de la cultura institucional –el prestador debe tener un programa de capacitación y entrenamiento del personal en el tema de seguridad del paciente y en los principales riesgos que se presenten en la institución–; medición, análisis, reporte y gestión de los eventos adversos y; procesos seguros a través de los que se monitoreen y analicen indicadores de seguimiento a riesgos.

A partir de los resultados en los diferentes estudios elaborados, pero especialmente en virtud de los arrojados por el estudio IBEAS en Colombia se vienen tomando medidas orientadas a prevenir los eventos adversos a través del diseño específico de estrategias encaminadas a incrementar la seguridad del paciente, sensibilización del personal sanitario, diseño de políticas sanitarias a nivel nacional y rastreo permanente de los sistemas tecnológicos de evaluación.

Lo anterior ha conllevado también a que se adelanten proyectos de investigación para identificar las actitudes del personal de vigilancia de eventos adversos intrahospitalarios en Colombia²¹ estos han arrojado como resultado que existe una prevención en todas las instituciones por parte del personal de la salud con relación a estudios que buscan identificar eventos adversos, al considerar que se trata de procesos de auditoría con consecuencias negativas, reconociendo incluso que los eventos adversos solo son notificados en la medida que el paciente resulte afectado, de lo

¹⁸ Descripción, razones y causas del suceso.

¹⁹ *Ibíd.*, 9.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ GAITÁN-DUARTE, Hernando/GÓMEZ SÁNCHEZ Pío I/ESLAVA-SCHMALBACH, Javier. Actitudes del personal en la vigilancia de eventos adversos intrahospitalarios en Colombia. En: Revista de salud pública, Nº 11 (5), 2009, pp. 745-753.

contrario, existe una abstención por parte del personal sanitario de reportar este tipo de situaciones²².

III. MECANISMOS PARA LA PREVENCIÓN DE EVENTOS ADVERSOS EN COLOMBIA

Los mecanismos para la prevención de los eventos adversos vienen definidos en las normatividades anteriormente mencionadas, estos han logrado que las entidades prestadoras del servicio de salud realicen un continuo seguimiento y evaluación de la gestión de la calidad de la atención en salud, brinden información a los usuarios para elegir libremente con base a la calidad de los servicios y ofrezcan insumos para que la referenciación de calidad permita materializar los incentivos de prestigio del sistema²³. Los servicios hospitalarios vienen implementando mecanismos de creación de protocolos, programas, tecnologización, notificación y vigilancia de los eventos adversos.

Por su parte, el INVIMA (Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos) a través del Programa Nacional de Farmacovigilancia, ha venido vigilando la post comercialización de medicamentos, esto ha permitido conocer los eventos adversos o problemas relacionados con el uso de los mismos con la finalidad de obtener información de seguridad y promover el uso seguro y adecuado de los medicamentos en Colombia²⁴, para esto se ha creado un formato para el reporte de reacciones adversas y los titulares de registros sanitarios deben enviar a INVIMA el consolidado bimestral de reportes de RAMs en casos no serios que a la vez son esperados, esto durante los cinco últimos días hábiles de cada bimestre²⁵. Lo anterior, ha significado que entre 2012-2013 se reportaran un total 1679 eventos e incidentes adversos provocados con medicamentos²⁶.

²² GÓMEZ, Olga/ARENAS, Wendy/GONZÁLEZ, Lizeth/GARZÓN, Jennifer/MATEUS, Erika/SOTO, Amparo. Cultura de seguridad del paciente por personal de enfermería en Bogotá, Colombia. En: Ciencia y enfermería, N°18 (3), 2011, p. 103.

²³ BAUTISTA, Luz Marina/Parada, Doris Amparo/

²⁴ Ministerio de salud y de protección social. Informe de actividades 2012-2013. Bogotá: Min salud, 2013.

²⁵ https://www.invima.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=753&Itemid=335
(Consulta 28-08-2014)

²⁶ Ministerio de salud y de protección social. Informe de actividades 2012-2013. Bogotá: Min salud, 2013, p. 158.

IV. CONCLUSIÓN

En términos generales en Colombia y en cualquier país, tal y como sostienen MONSERRAT y MIRA, la previsibilidad y la evitabilidad son claves a la hora de disminuir los riesgos y evitar los eventos adversos, se hace preciso por lo tanto, la implementación de programas, culturas, y protocolos, así por ejemplo, en materia quirúrgica debe hacerse un “Check List” quirúrgico, donde todo quede registrado y detallado antes de iniciar la cirugía y después de terminar la intervención donde se describan todos y cada uno de los detalles de la misma, para evitar los eventos adversos posteriores.

No obstante lo anterior, hay que tener presente que los eventos o más bien la culturización con relación a los eventos adversos es un asunto que depende de todo el personal que interviene en la atención del paciente, esto va desde el conserje hasta el profesional sanitario, la carga no puede recaer siempre sobre el profesional sanitario; por lo tanto, este es un tema que involucra a todo el personal sanitario y no sanitario. En principio, razón le asiste a REASON cuando advierte que hay que

“generar un clima organizacional proactivo y no punitivo: en primer lugar que en la organización, la cultura se oriente hacia la seguridad del paciente más que al castigo y a la búsqueda de un individuo culpable; ya hemos dicho que se está hablando de múltiples procesos que fallan; la falla que comete el individuo es simplemente la sintomatología. También debemos incentivar el reporte, compartir la información, garantizando que eso se dé en un entorno, en un ambiente de confidencialidad para el paciente y para el prestador”²⁷.

Sin embargo, si bien es cierto, la punibilización es a lo último a lo que debe llegarse, es decir, solo se acudirá a ella cuando sea estrictamente necesario, hay que tener en cuenta que cuando el evento adverso sea previsible y evitable, en estos casos habrá que analizar si la misma es consecuencia de una imprudencia médica y, allí, podría considerarse la existencia de una responsabilidad.

Aunque en Colombia existen avances legislativos, los estudios elaborados sobre eventos adversos, arrojan que no existe una cultura de reporte de eventos adversos y eso obedece a que existe un temor generalizado en los sanitarios en cuanto a que la publicación de los resultados de eventos adversos pueden ser utilizados para efectos legales en su contra y por algunos órganos de control, de ahí que actualmente algunas EPS en Colombia para contrarrestar los efectos del abstencionismo de notificación de los EA realicen campañas para incentivar la cultura del reporte, pero a la vez, para garantizar la confidencialidad de la información y de esta forma evitar ambientes

²⁷ REASON, James. Human error: models and management. En: BMJ, p. 769, 2000.

punitivos²⁸. No obstante, no es suficiente con el reporte o la identificación de los EA, que es lo que se ha venido haciendo hasta el momento en Colombia, ya que es necesario que se implementen medidas para su prevención, sobre todo cuando estos son producto de deficiencias administrativas en la prestación del servicio.

Por último, si bien es cierto hay que destacar los importantes resultados que arroja el estudio IBEAS para Colombia, resulta criticable que si bien este se hizo en diversas regiones de nuestro país, se trató de zonas representativas con clínicas y hospitales de reconcomiendo regional, lo que excluye de la evaluación a las comunidades que reciben una prestación del servicio de salud mínima y en las que se hace necesario hacer esta clase de estudios para garantizar un sistema de calidad en salud para todo el territorio nacional. Tal y como señala González, no se puede olvidar que en Colombia la prestación de los servicios de salud se encuentra fragmentada, lo que le concede unas particularidades en las que se hace preciso profundizar²⁹ y, por ende, es obligatorio mejorar el sistema de calidad de atención y prestación de los servicios en salud en las zonas más complejas de nuestro país.

* * * * *

²⁸ Véase por ejemplo Metrosalud, Manual de Gestión de Eventos adversos en la prestación de servicios de salud. Medellín: Alcaldía de Medellín, 2013.

²⁹ GÓNZALEZ, Diana Carolona. Algunos interrogantes sobre la responsabilidad médica. En: Revista colombiana de anestesiología, 2012, N°40 (2), p. 133.

3. Jurisprudencia y comentarios de jurisprudencia

Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, Ponente de la STS

Magistrado del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

~Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29-2. Caso: Primera sentencia del TS que condena a personas jurídicas por responsabilidad penal~

RECURSO CASACION (P) Nº: 10011/2015 P

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 01/10/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº:154/2016

Excmos. Sres.: D. Manuel Marchena Gómez, D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Julián Sánchez Melgar, D. José Ramón Soriano Soriano, D. José Manuel Maza Martín, D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral García, D. Andrés Palomo Del Arco, D. Perfecto Andrés Ibáñez, D. Juan Saavedra Ruiz, D. Joaquín Giménez García.

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10011/2015-P, interpuesto por **L.M.J., C.L.M., J.L.G.R., J.M.B.L., TRANSPINELO SL, INVESTISSMENT TRANS SPAIN AFRICA y GEORMADRID MACHINERY SL**, recurrentes representados por los Procuradores Sr. Checa Delgado, Sr. González Sánchez, Sr. Sanz Arroyo, Sra.

Blanco Martínez y Sr. Sanz Arroyo, respectivamente, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Sección 1ª), de fecha 17 de noviembre de 2014, que les condenó por delitos **contra la salud pública, quebrantamiento de medida cautelar y falsificación en documento oficial.**

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL Maza Martín.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado Central de Instrucción número 6 instruyó Sumario con el número 19/2011 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª que, con fecha 17 de noviembre de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

«1.- Durante los años 2.007 a 2.010, el procesado L.M.J. había sido objeto de diversas investigaciones judicializadas relativas a la comisión de un delito contra la salud pública por tráfico de estupefacientes de sustancia que causaba grave perjuicio para la salud (cocaína).

En dicho contexto se tramitaban ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Coslada, Diligencias Previas 1902/2010 por presunto delito de blanqueo de capitales provenientes de actividad ilícita relacionada con el tráfico de sustancias estupefacientes.

El Ministerio Fiscal, al no aceptar dicho Juzgado el trámite de diligencias por delito de tráfico de estupefacientes, judicializó en el año 2011 la investigación inherente al mismo ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional.

La actividad aquí denunciada, estaba dirigida por el procesado L.M.J., persona que a través de terceros, personas físicas y personas jurídicas llevaba a cabo la misma bajo su supervisión y toma de decisiones.

El procesado C.L.M., alias C., estaba relacionado con el anterior por razones de parentesco (sobrino) y de dependencia, realizando labores en las empresas TRANSPINELO S.L. e ITSA utilizadas por L.M.J. para su ilícito tráfico, supliendo como persona de confianza a su tío cuando este se ausentaba de España, disponiendo de efectivo y dando las órdenes oportunas para el trabajo.

Una de las personas jurídicas que ha sido objeto de enjuiciamiento, la entidad TRANSPINELO era dirigida por L.M., si bien al frente de la misma formalmente aparecía C.L.M.

Otra empresa denominada ITSA asimismo era dirigida y financiada por L.M.J., si bien aparecía bajo la administración única de I.V.B., sobrino del procesado J.M.B.L. y representada por M.B.M.

Ambas entidades participan en la forma que se dirá en el envío de máquinas de obras públicas a Venezuela.

Por último la entidad GEORMADRID MACHINERY que aparece como destinataria de las mismas al ser devueltas a España en la forma que se dirá estaba administrada por J.M.B.L. desde al menos 2009.

El procesado J.L.G.R., también estaba relacionado con la actividad ilícita de tráfico de estupefacientes desarrollada por L.M.J., a quien acompañaba en sus viajes al extranjero, auxiliándole en la logística de los viajes, desplazamientos y preparación de los envíos.

Por su parte el procesado J.M.B.L., alias PIN, participaba en la actividad ilícita de L.M.J., además de la relación antes citada, a través de su intervención en la entidad INVESTISSEMENT TRANS SPAIN AFRICA S.A. (ITSA).

Esta entidad estaba administrada formalmente por una persona no procesada M.B.M., persona del entorno de amistad y relación del procesado B.L. Fue constituida en Mali, con la finalidad de propiciar formalmente la actividad de venta de maquinaria de obras publicas. No obstante lo anterior, dicha empresa estaba dirigido de hecho por L.M.J., persona que era quien tomaba las decisiones y aportaba el capital preciso para ello.

Estas entidades, en cuanto a las dos primeras realizaban actividades comerciales diversas, no así la tercera citada a la que no se le conoce actividad, y eran utilizadas por L.M.J. para articular actividades de importación y exportación de maquinas en cuyo interior se encontró sustancia estupefaciente como en el presente caso, actividades por las que se han seguido procesos penales aparte en 2006 y 2007.

Los procesados L.M.J. y V.I. componían el núcleo familiar directo del procesado L.M.J., siendo su hijo y su actual compañera sentimental, sin que tuvieran participación directa en las actividades de L.M.J.

En los primeros meses del año 2011, L.M.J. y las personas que formaban su organización, C.L., J.L.G. y J.M.B., comenzaron los trámites para el envío de máquinas a Venezuela, las que serían posteriormente reimportadas a España conteniendo droga en su interior.

Las maquinas, que figuraron a nombre de la entidad TRANSPINELO eran las siguientes:

Una excavadora cadena volvo, ..., color amarillo, serial de carrocería ..., serial de motor ...

Una excavadora de cadena, marca volvo, modelo ..., color amarillo, serial de carrocería ..., serial de motor ...

Una volteo, tipo Roco, marca Moxi, modelo ..., color amarillo, serial de carrocería ... y serial de motor ...

Una volteo, tipo Roco, marca Bell, modelo ..., color amarillo, serial de carrocería ..., serial de motor ...

Con la finalidad de llevar a cabo tal operación, L.M.J. viajó a Venezuela los días 7 y 8 de Febrero de 2011 via Frankfurt-Caracas, país al que posteriormente acude J.L.G.R., en 21.03.2011 para reunirse con él y proceder a la formalización de la llegada de la maquinaria y preparar la introducción de la droga en su interior para ser reimportada a España.

Ambos permanecieron en Venezuela hasta su vuelta a España, realizada, por J.L.G.R. los días 8 y 9 de Mayo de 2011, y L.M.J. el día 3 de Junio de 2011 a las 15.30 llegando al Aeropuerto del Prat (Barcelona) en vuelo Caracas-Frankfurt-Barcelona.

J.L.G.R. adelantó su viaje por haber sufrido B.I. un intento de robo, posponiendo su vuelta L.M.J. en varias ocasiones hasta efectuarla el día citado.

Tanto J.L.G.R. como L.M.J. tenían prohibida la salida del territorio nacional, sin otra autorización en el caso de G.R., que la de realizar viajes concretos a Bélgica, pero nunca a Venezuela.

El procesado J.L.G.R. tenía prohibida la salida del territorio nacional, únicamente se le otorgó permisos de salida en marzo y mayo de 2011, para que pudiera acudir por motivos laborales a Holanda y Alemania y sin embargo se desplazó a Venezuela.

La organización citada que había proyectado el envío de las maquinas citadas a Venezuela, para allí cargarlas de cocaína en su interior y reenviar a España con la sustancia estupefaciente en las mismas, durante el mes de febrero de 2.011, los procesados C.L.M. y J.M.B.L. concertaron con la empresa CRISMAR, dedicada al tránsito marítimo, el transporte de las citadas cuatro máquinas de España a Venezuela.

A tal fin con fecha 17 de Febrero de 2011 se emiten las facturas A/1, A/2, A-3 y A-4 en las que figura como exportadora la entidad ITSA, apoderada por J.M.B.L., simulando la venta de las máquinas citadas a la entidad MULTISERVICIOS Y MAQUINARÍA OP, con dirección Avda. Guayana Galpón núm. 49 de Guaiparo en San Félix 8051, Venezuela, y cuya presidenta era Y.M.A.M. Ahora bien, las máquinas aparecerían después como propiedad de la empresa EQUIPOS Y MAQUINARIAS PESADAS CA (EQUIPE CA) al emitir dicha empresa una factura de venta ficticia a la mercantil JOYMACA.

Como quiera que la entidad ITSA, tenía la sede en la República de Malí, no era factible que pudiera aparecer como exportadora desde España, siendo necesaria la intervención como tal de

una entidad con CIF y sede en España.

Para poder llevar a cabo la operación el procesado C.L.M. aportó los datos correspondientes a la entidad TRANSPINELO, y procedió al cambio de las facturas antes citadas en las que figuraba como exportadora la entidad ITSA por otras cuatro facturas A/962, A/963, A/964 y A/965, en las que aparecía como exportadora TRANSPINELO. No obstante los documentos "bill of lading" siguen apareciendo extendidos a nombre de ITSA.

Otro problema que surge con la exportación, consistió en que la exportación temporal que se pretendía de las máquinas no pudo llevarse a cabo, por lo que se modificó la forma de destino, por el de exportación normal o definitiva, lo que finalmente llevo a la conclusión de la operación exportadora ante Aduanas de España en 3 de Marzo de 2011.

Dichas máquinas habían sido transportadas hasta el Puerto de salida en la ciudad de Santander por encargo de TRANSPINELO desde Mejorada del Campo al referido puerto los días 21 y 22 de febrero de 2011 para su posterior embarque.

El día 5 de marzo las máquinas embarcaron en el Puerto de Santander en el buque "Moming Celine", con origen en Santander y destino Puerto Cabello (Manzanillo), Venezuela (Bill of Landing ES 1084566 de esa fecha, aportado por la agencia marítima EGVE).

Una vez llegadas las máquinas a Venezuela, recogidas por su destinataria MULTISERVICIOS Y MAQUINARIA.OP, de la que era responsable la súbdita venezolana Y.M.A.M. fueron bajadas del barco citado y salieron de la zona primaria del puerto el día 27.04.2011, una vez en tierra, se transportaron a una nave-almacén denominado galpón señalado con el núm. ... sito en la Avenida ... Urbanización ... estado de Bolivar, en el que había una vivienda en la que habitaba la citada Y., y del que eran arrendatarios la citada Y. y de M.A.I.S. también de nacionalidad venezolana, procediendo a su manipulación consistente en abrir huecos en el interior de los brazos y otras partes de las maquinas realizando las oportunas aperturas y orificios y creando dobles fondos y caletas que después soldaron y volvieron a pintar tras llevar a cabo la introducción de la sustancia estupefaciente en los huecos resultantes.

Finalmente las máquinas son embarcadas en el barco Beautriumph, el día 4 de Junio de 2011, siendo desembarcadas por orden de la Autoridad competente venezolana en el muelle de Palúa, ubicado en San Félix, Venezuela, en donde se encontraban en custodia policial desde el día 5 de Junio de 2011 por encontrarse dudosamente documentadas.

La mercantil que exportaba las máquinas era J y M C.A "JOYMACA (RIF ...)" de la que era administrador M.A.I.S. y en cuya plantilla figuraba Y.M.A.M. (presidenta a su vez de MULTISERVICIOS Y MAQUINARIAS OP). Empresa que figuraba como importadora a Venezuela de las máquinas enviadas desde España.

A su vez, la empresa que figuraba como importadora de las máquinas que se traían desde Venezuela a España con la sustancia estupefaciente era GEORMADRID MACHINERY SL, en la que figura formalmente como administrador único J.L.B.L., tal y como figura en la factura 0006 de la empresa JOYMACA, proporcionando así cobertura legal a la entrada de la droga en España.

No obstante y con ánimo de ocultación del trafico de la mercancía, en la documentación encontrada posteriormente en Venezuela figuraba como entidad receptora GLOVAL MACHINERY SA, empresa que no consta su existencia y cuyos datos de ubicación y de contacto corresponden a los de GEORMADRID MACHINERY. La dirección de destino de la maquinaria era la calle ... nave ... del polígono Industrial ... de la localidad de Antígona, Toledo, que en realidad era un inmueble desocupado.

El día 4 de junio de 2011, las máquinas con droga fueron cargadas en el barco con nombre "Beautriumph" con destino al puerto de Bilbao.

La Guardia Nacional Bolivariana, fue informada por la Guardia Civil española de tal operación, produciéndose un primer registro el día 24 de Junio de 2011, encontrándose en el interior de las dos máquinas retroexcavadoras Volvo diversos envoltorios con sustancia estupefaciente (cocaína) con un peso de 5.052 Kgms y un valor económico de haber ingresado en el mercado de 258.544.480 €.

El día 26 de Junio siguiente se produce el registro del citado galpón, donde es hallada entre otros documentos una copia auténtica de la escritura de la entidad Geormadrid Machinery S.L. así como resguardos de emails cruzados entre J.L.G.R. y la entidad Viajes Barceló comentando el cambio de

fechas en el viaje de vuelta a España tanto del citado J.L. como de L.M.J.

Finalmente el día 28 de Junio de 2011 se produce el registro de la maquinaria restante por las Autoridades policiales Venezolanas hallando en el interior de las mismas un total de 1.650,5 Kgms más de cocaína.

En relación con este operativo la Guardia Nacional Bolivariana procedió a la detención de los súbditos venezolanos M.A.I.S. y Y.M.A.M., así como J.N.G.M., J. del V.G., J.D.G.M., A.B.M., F.M.B.M. y A.G.G.M. los que trabajaban allí a las órdenes de M.J. M.A.I.S. reconoció en sede judicial los hechos.

El día 28 de junio de 2011, L.M.J. y B.I. intentaron huir, siendo interceptados en compañía de sus dos hijas menores sobre las 15.30 horas en el Área de Servicio de "Abades Puerta de Andalucía", en La Carolina, Jaén, portando, además de ropa y documentación, 95.290 euros.

En el registro de la calle ... de Arganda del Rey, domicilio de L.M.J., se ocupó, entre otras cosas, un permiso de conducir búlgaro a su nombre, con número ..., y una tarjeta de transportista del Reino de España, vinculada a aquel y al documento "International Drive Document", constando en la base de datos de la Dirección General de Tráfico que L.M.J. carece de permiso de conducción que le habilite para conducir vehículos en España, pese a lo cual se le ha visto conduciendo en el transcurso de numerosas vigilancias policiales.

Practicada entrada y registro el día 28/6/2011 en la calle ..., de Mejorada del Campo (folios 2379 y ss.), domicilio de J.L.G.R., se interviene;

Un móvil Nokia, un móvil LG, una Blackberry negra, otro móvil LG blanco y una tarjeta de visita ITSA de J.M.B.

Vuelta a registrar la 2ª habitación se encuentra un escrito del Fiscal sobre solicitud de salida del territorio nacional de J.L.G.R.

Copia de Providencia de la sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre solicitud de salida del territorio nacional del detenido.

En otro dormitorio, en el baño, encuentran pasaporte español a nombre de L.M.J.

Anotaciones relativas a máquina con refuerzo y máquina sin refuerzo así como diversas cantidades.

Papel de factura del hotel Rasil escrito por detrás con cifras.

Trozo de papel con el nombre de M.S. y un número.

Trozo de papel bancario con nombres.

Otro trozo de papel con cantidades y anotaciones.

Practicada entrada y registro el 28/6/2011 en la vivienda de la calle ... (folios 2369 y ss.) de Velilla de San Antonio, domicilio de L.M.J., se encontraron:

En un dormitorio en varias cajitas encima de la mesilla se encuentran 9 billetes de 50 €, 13 billetes de 20 € y 2 pastillas de color marrón. En otra caja un billete de 50 €.

Pistola de gas comprimido. Televisor Samsung.

Otro televisor Samsung en el baño.

Otro televisor Samsung en otro dormitorio.

En otro dormitorio un paquete de al parecer un gramo de sustancia de color marrón en polvo cristalino; un ilegible; un paquete mayor también con sustancia marrón cristalina y otro paquete igual que el primero encontrado.

2 teléfonos Nokia, una tarjeta de Orange.

En la zona del salón correspondiente a la mesa de billar se incautó un ordenador Netbook, una escopeta de aire comprimido con mira telescópica.

En la cocina otro teléfono móvil Samsung.

En el comedor un teléfono móvil Nokia negro, un Pendrive, un trozo de lo que parece hachís, un ordenador Sony Vaio.

En la nave que se encuentra debajo de la vivienda y en concreto en la oficina se intervienen permisos de conducir y diversa documentación, siendo un total de 83 fundas con documentación de vehículos.

Diversas llaves de vehículos. Trituradora.

2 tarjetas de visita de Leopoldo Eloy,

Otra trituradora.

Ordenador HP.

Disco duro Seagate con número de serie ...

Las sustancias encontradas resultaron ser;

Muestra 7.- 7,75.- polvo verde.- 2- CB.- no tiene pureza, lista 2 del convenio del 71.

Muestra 8.- 3,60.- polvo verde.- 2- CB.- no tiene pureza, lista 2 del convenio del 71.

Muestra 9.-4,40.-polvo blanco.-2- CB.- no tiene pureza, lista 2 del convenio del 71.

Muestra 10.- 6,20.- polvo marfil cristalino. MDMA.- 68,1%. Muestra II.- 4,68.- polvo marfil cristalino. MDMA.- 80,5%. Muestra 12.- 18,20.- polvo marrón verdoso, MDMA.- 67,7%.

Muestra 13.- 3,07.- polvo blanco cristalino. MDMA.- 78,9%.

Practicada entrada y registro el día 28/6/2011 (folios 2349 v ss.) en la sede de TRANSPINELO, en ... de Velilla de San Antonio, se ocuparon los siguientes efectos:

Sobre una mesa las pertenencias del detenido C.L.M. (móvil y llaves) y las pertenencias del detenido J.L.G.R. (3 teléfonos móviles, unas llaves y 35,41 €).

Dentro de una vitrina de madera se encuentra una bolsa de MEDIA MARK conteniendo en su interior multitud de paquetes de monedas de distintos valores:

9 paquetes con 25 monedas de 2 €, 450 €.

5 paquetes con 25 monedas de un euro, 125 €.

5 paquetes con 25 monedas cada uno de 50 céntimos, 62,50 €.

7 paquetes con 25 monedas cada uno de 20 cm, 35 €.

4 paquetes con 50 monedas cada uno de 10 céntimos, 20 €.

En un aparador de madera se encuentra documentación relativa a la empresa KOBET Desarrollo y Cooperación con Mercados Exteriores así como soporte informático de la misma empresa.

Tarjeta de Lufthansa a nombre de L.M.J.

Documentación correspondiente a Área de Proyectos de Galería del Mueble. Aparecen 2 nombres: David Jiménez García y Sergio Sánchez, con sus respectivos números de móvil.

Carta dirigida a L.M. y firmada por M. junto con un plano de una vivienda familiar en el municipio de autónomo Caroní del estado de Bolívar.

3 teléfonos móviles Nokia y 2 tarjetas MOVISTAR.

Un sobre conteniendo un total de 440 dírhams.

Un sobre conteniendo un total de 60 \$ USA.

Tarjeta de visita de J.M.S., otra de Á.B. de la empresa Airland Logistics y otra de A.S. de la empresa Ritchie Bros. Nota manuscrita con el texto de M.P.A.A. magistrado de la audiencia Provincial de Madrid y un número de teléfono con el nombre de N. Pendrive.

Documentación varia.

Documentación en una carpeta rotulada como FACTURA ITSA. Documentación consistente en correos electrónicos, tras etc.

Caja de Blackberry con 2 tarjetas y anotaciones manuscritas y un folleto en el que consta anotado el teléfono "... TRANSPINELO A.S.". Ipad.

Máquina contadora de billetes con número de serie Q/C ... con su caja. Máquina envasadora al vacío. CPU, monitor, teclado y ratón así como un Pendrive. 2 teléfonos Nokia y uno Samsung así como 2 Pendrive.

Folletos, presupuesto de decoración a la atención de L.M. y otra documentación y entre ella unos papeles compulsados, es decir, 4 folios de timbre del estado. Sobre blanco con nota manuscrita que dice máquinas L. baja. Autorización firmada por M.L.M.J., 2 tarjetas de MOVISTAR.

Carpeta de plástico granate conteniendo en su interior 70 €.

Folio con 2 correos electrónicos.

Folio con la inscripción verificación vehículos a nombre de cada propietario. Contrato de compraventa entre M.M. y L.M., firmado únicamente por el primero.

Rañonera gris que contiene 30 billetes de 10 € y 19 billetes de 20 € (680 €) y una bolsa con pastillas con símbolos. Un paquete de plástico conteniendo sustancia cristalina supuestamente estupefaciente. Otro paquete de plástico conteniendo sustancia cristalina. Otro paquete de plástico conteniendo sustancia roca. Otro paquete de plástico conteniendo pastillas blancas y verdes con los mismos logotipos que las anteriores. Otro paquete de plástico conteniendo sustancia en polvo de color amarillento.

10 cajas de tarjetas de visita de la empresa ITSA, a nombre de L.M. como director general, J.C.G. y J.M.B., director técnico.

Sobre blanco con la anotación P.J. ex mujer L. conteniendo 4 documentos procedentes de la base de datos de la Guardia Civil.

Archivador color gris rotulado Malí en que se encuentra documentación de la empresa ITSA.

Archivador metálico donde hay un sobre blanco con la anotación manuscrita TRANSPÍNELO, que contiene 114 folios extraídos de la base de datos de la Guardia Civil de vehículos.

8 facturas emitidas por ITSA y giradas a la empresa Servicios y Maquinaria OP.

4 folios, siendo uno de ellos correo electrónico enviado por J.M.S. a C. y 3 faxes enviados por el grupo Crismar a TRANSPÍNELO.

Una carpeta amarilla conteniendo 8 folios.

Dos folios consistentes en autorización de E.M.M. a C.L. y fotocopia del DNI del primero.

2 folios con diversos números de teléfono móvil asociados a diferentes personas y relación de clientes.

En el citado archivador metálico se encuentran 13 documentos que son:

Documentos 1 a 4, relación de vehículos.

Documentos 5 a 6, autorización de E.M. a C.L.

Documento 7 y 8, solicitud de C.L.

Documentos 9 y 10, solicitud de M.L.M.

Documentos 11 y 12, solicitud de P.J.

Documento 13 camiones para M.

Se encuentran 5 sobres con las anotaciones manuscritas L. padre, M.I., Pataleta, TRANSPÍNELO falta aprox 50, y E.M., y todos ellos contienen información sobre vehículos extraída de la base de datos de la Guardia Civil.

Cajas de cartón que contiene la siguiente documentación:

2 folios con relación de trabajadores y sueldo de cada uno de ellos.

Correo electrónico enviado por Á.B. a...28 documentos en el interior de una carpeta azul.

Sobre con anotación manuscrita a la atención de P. "Recursos realizados noviembre 2010 O.", conteniendo 5 documentos. En el reverso del sobre consta nota manuscrita SHIPPING SENEGAL SPAIN, Almendralejo ...

Sobre blanco con anotación GRIST conteniendo 2 billetes de 5 €. Agenda de color azul de 2011 con la inscripción TRANSPÍNELO conteniendo anotaciones manuscritas y en el interior de la cual se encuentran 4 billetes de color verde de 100 € supuestamente falsos y 11 billetes de color naranja de 50 € supuestamente falsos.

Otras 2 agendas de color marrón de 2010 con el anagrama de TRANSPÍNELO, conteniendo anotaciones manuscritas.

Carpeta azul con 10 documentos de diversa índole.

En el despacho que al parecer pertenece a J.P. y M. se encuentra:

Solicitud de C.L. dirigida a la Junta de Castilla la Mancha.

Un sobre blanco con anotación "entregar: L.M. Copia simple escritura segregacional J.J.A.R. y M.A.R.

Agenda marrón de 2010 con membrete TRANSPÍNELO, con anotaciones manuscritas y en el interior se encuentran varias hojas sueltas con anotaciones manuscritas.

Carpeta blanca del grupo Velilla que contiene plantillas de contratos de compraventa.

Escritura de compraventa de 18 agosto otorgada ante el notario Pedro Gil y con número de protocolo 3386. Escritura de subsanación con número de protocolo 950 y de fecha 3 de julio 2009 ante el notario Enrique de la Torre. Copia simple de declaración de obra nueva con número de protocolo 1654 de fecha 30 septiembre 2008 ante el notario Enrique de la Torre. Escritura de compraventa con número de protocolo 868 de fecha 23 marzo 2000 otorgada ante el notario José Ángel Martínez. Escritura de constitución de la sociedad TRANSPORTES GHEORGUE CONSTANTINE BALI SL, con número de protocolo 854/2009 ante el notario José Manuel Rallón.

Escritura de constitución de la sociedad Martín Restauración con número de protocolo 471/2009 otorgada ante el notario José L. Machuca. Contrato de alquiler con opción a compra.

Un disco que contiene el sumario 22/09 del central 5 tomos uno a 42.

Sobre con varias anotaciones manuscritas conteniendo en su interior 5 billetes de 5 €.

Un billete de 500 €.

Una caja verde con subapartados conteniendo: 19 monedas de un euro, 19 €.

58 monedas de 50 céntimos, 29 €.

3 monedas de 2 €,6 €.

31 monedas de 10 céntimos, 3,10 €.

19 monedas de 20 céntimos, 1,9 €.

Monitor, C.P. un, ratón y teclado marca Asus e impresora canon. Disco duro marca Seagate con número de serie F2A2-500.

29 protocolos notariales con números: 39/2008; 2105/2005; 22/2009; 39/2010; 38/2010; 1638/2009; 1736/2009; 441/2009; 39/2008; 41/2009; 962/2010; 344/2010; 329/2010; 328/2010; 40/2008; 964/2010; aumento de capital del protocolo de 2003; 963/2010; 1480/2010; 1226/2009; 1089/2009; 40/2010; 961/2010; 960/2010; 1481/2010; 1482/2010; 442/2009; 579/2009; 580/2009; 2105/2005, de distintos notarios.

Contrato de alquiler de nave entre la sociedad MICHARET y E.M..

Contrato de arrendamiento de 22 enero 2009.

Contrato de compra-venta de fecha 26 marzo 2008 entre José Pinelo y Christopher López.

Contrato de alquiler de nave entre M. y E.M.

Contrato de compra-venta con una anotación de fecha 25 noviembre 2008.

14 documentos manuscritos.

Sobre blanco con anotación manuscrita a la atención J.P. recursos realizados remite O. que contiene a su vez 11 documentos.

Sobre blanco con anotación manuscrita recursos realizados para entregar a J.P. y que remite O. y contiene otros 22 documentos.

Sobre blanco con anotación manuscrita a la atención J.P. remite O. que contiene otros 10 documentos.

En un armario metálico se incauta documentación numerada del uno al 8 contenida en un sobre a la atención de L.M. papeles petición carnet conducir Rumania.

Contrato de alquiler con opción a compra de fecha 15 enero 2009.

Fax correspondiente un escrito de la Guardia Civil del grupo de blanqueo de capitales.

Factura de 2 documentos emitida por la empresa COVER y girada a TRANSPINELO.

Protocolos notariales 1622/2010; 22/2009; 580/2009; 423/2002; 381/2008; 962/2010; 20/2009.

Teléfono móvil Nokia que lleva adherido la inscripción manuscrita TRANSPINELO L. ...

Soporte de almacenamiento negro Tarjetas de teléfono móvil.

Tarjeta MOVISTAR. Teléfono Samsung. Ordenador portátil Toshiba.

Mando de apertura de Mercedes y llave.

Sobre de color marrón con anotación manuscrita AGUGAS que contiene en su interior 2 billetes de 200 €, un billete de 20 €, un billete de 10 €, un billete de 5 €, una moneda de 2 € y una moneda de un euro (436 €).

Sobre de color marrón con anotación manuscrita bróker José L. seguros 2500, conteniendo en su interior 5 billetes de 500 €.

Sobre de color blanco con la serigrafía TRANSPINELO con anotaciones manuscritas crisis, conteniendo 4 billetes de 50 €.

Diversa documentación de la empresa MTCHARET.

Cuaderno de espiral con tapas negras con anotaciones manuscritas.

Documento de la base de datos de la Guardia Civil.

En la oficina situada en la planta baja del inmueble se procede a la extracción de la caja fuerte.

Ordenador, monitor y teclado.

En un cajón 2 billetes de 5 € y un billete de 10 €. CPU HP. Otra igual.

Impresora.

Correo electrónico impreso remitida por hispano Mairenne a D. de la V.S.

Ordenador portátil.

En la oficina habilitada en el interior del taller en una caja de plástico se encuentran 17 balas de 9 mm y una de 9 mm corto así como 2 teléfonos móviles LG de VODAFONE y otro teléfono móvil LG de MOVISTAR.

Otro ordenador.

En una riñonera de color negro se encuentran 2 llaves con el anagrama de Chevrolet, una llave con el anagrama de Volkswagen, una llave con el anagrama de Mercedes, una llave con el anagrama de Porsche, una llave del vehículo con la anotación chino, una llave con la inscripción Volvo, una llave con la inscripción seat, un llavero con la inscripción Miguel, una llave con el anagrama Honda, 2 llaves de plástico negro con espadín metálico y un llavero metálico con llave de empuñadura de plástico negro y espadín metálico.

En la oficina del taller, en la mesa que ocupa C.G.A., se incautan 2 teléfonos Nokia y una tarjeta de Orange. Una agenda marrón de 2010 con el anagrama de TRANSPINELO, con anotaciones manuscritas. Otro ordenador portátil.

Ordenador portátil en la mesa de M.Á.L. Memoria USB.

Tarjetas 1TV del Volkswagen 8882DJB.

Las sustancias encontradas en este registro resultaron ser:

Muestra 1.- limaduras.- hachís.- 3,4 % THC. Muestra 2.- limaduras.- hachís.-13,2 % THC. Muestra tres.- 8,40.- varios trozos de hachís.- 9,3% THC. Muestra 4.- 0,90.- polvo gris.- MDMA.- 73,9 riqueza.

Muestra 5.-6,60.- polvo gris. MDMA.- 61,4 %. Muestra 6.- 0,50.- polvo blanco. MDMA.- 70%.

Practicada entrada y registro el 28/6/2011 en la calle Rosales 1. casa 2, de Arganda del Rey (folios 803 y ss.) domicilio de los procesados L.M.J. y B.I., se encontraron los siguientes efectos;

Cajita de plástico con un porta tarjetas vacío y 4 tarjetas SIM. 2 llaves del coche marca Honda.

Una llave de Land Roberí. Una llave de Toyota.

Una placa de Guardia Civil de tráfico.

Permiso de conducir internacional de Bulgaria a nombre de L.M.J.

Pasaporte español de L.M.J., hijo del detenido.

Dos teléfonos móviles marca Nokia y un teléfono Samsung.

Documento consistente en relación de máquinas de fecha 25 enero 2011.

Correo electrónico de fecha 22 enero 2009.

Fotocopia de DNI a nombre de Antonio Laño laguna. Tarjeta de una asesoría llamada tránsito de aduanas.

Prohibición de la Audiencia Nacional, sección 3ª, de salida del territorio nacional al detenido L.M.J.

Factura de cafetería.

Tarjeta de visita de una empresa de Venezuela, ilegible.

Recibo de ingreso del banco de Santander de fecha 11 marzo 2010, por importe de 2900 €.

Otro recibo del banco de Santander de 29 diciembre 2009, por importe de 2500 €.

Un documento de base de datos de la Guardia Civil con los antecedentes del detenido.

Postit blanco en el que figura la leyenda LARQUEY CRISTOPHER CASABLANCA 300 €.

Una tarjeta andina de inmigración a nombre de L.M. de fecha 4 agosto 2009.

Ordenador IMAC.

Fotocopia de DNI de L.M.J. y de carne de conducir a nombre del mismo de Bulgaria y otras fotocopia exactamente igual.

Fotocopia del DNI de L.M.J. y de un carnet de conducir búlgaro a nombre del mismo.

Certificado médico de L.M.J.

Certificado médico de L.M.J.

Postit blanco con la siguiente leyenda: J. - 35.000; C. COCHE 2.600; TALLER 400; CUETA 3.000; M. 500; la fecha 29 enero 2009, jueves total 50.000 € sobre 3500 €.

Una tarjeta de memoria. Extracto de datos de cuenta.

Documento de asistencia en carretera del Race de 22 junio 2010 del vehículo Land Rover ...

Envío de dinero de correos por cuantía de 2000 € a nombre de YOUSSEF ABBASS MONZER.

Copias de recibo de canje de permiso de conducir a nombre de L.M.J. y L.M.J.

Un disco con el título L.T.

Ordenador portátil Toshiba.

El secretario da cuenta de que se personaron miembros del ejército con la única misión de utilizar un aparato técnico para detectar dobles fondos y que no hicieron nada más que eso. Las catas realizadas dieron resultado negativo.

Practicada entrada y registro el 28/6/2011 en la calle ... piso ..., letra ... de Parla, domicilio de J.L.G.R. (folios 919 y ss.), se encontraron los siguientes efectos:

Ordenador marca Acer. Maletín.

2 Blackberry con cargador.

2 tarjetas de "2011 fórmula uno Grand Prix of Europe Valencia 24-25-26 June Sunday".

Practicada entrada y registro el día 29/6/2011 en la nave industrial de la calle ... sin número del Polígono Industrial de la Raya Velilla (folios 2386 y ss.), a presencia de C.L.M., se encontraron diversos vehículos y documentación.

Practicada entrada y registro el día 29/6/2011 (folios 2389 y ss.) en la calle ... núm. ... polígono industrial la Raya Velilla, a presencia de C.L.M., se encontraron varios caballos, vehículos y utillaje.

Practicada entrada y registro el 8/7/2011 en el local de CIENYCERO en la carretera de ..., km ... Zoco La Pobeda. planta ..., despacho ... Arganda del Rey (folios 2332 y ss.), se encontraron los siguientes efectos:

Se requiere a las 2 personas para que faciliten la documentación que pueda estar relacionada con el presente procedimiento y entregan:

- Archivador con la inscripción GEORMADR1D, del que se extrae documentación consistente en autorización a R.M. por parte de J.M.B., sin firmar y de fecha uno de abril de 2009 y copia de escritura de constitución con número de protocolo 295 de 2009 de fecha 18 de febrero de 2009.

- Archivador con la inscripción "E.M. laboral" donde se recoge autorización dirigida a la agencia tributaria de E.M. a favor de J.R.M. de fecha 4 de mayo de 2011.

- Del mismo archivador anterior folio con fotocopia del DNI de L.M.J.

- Del mismo archivador, folio con fotocopia del DNI de L.M.J. y M. del P.J.G.

De uno de los ordenadores se graban los archivos que se consideran relacionados con la investigación, y de otro ordenador se extraen archivos que se gravan también en otros discos. La documentación queda en poder de la fuerza actuante.

Practicada entrada y registro el día 5/7/2011 en Costada, en la sede social de TRANSPINELO (folios 1049 y ss.), se encontró diversa maquinaria y vehículos.

Practicada entrada y registro el 4/7/2011 en la sede social de TRANSPINELO en la calle ... sin número, Coslada (folios 1054 y ss.), se interviene maquinaria, utillaje industrial y diversa documentación.

Practicada entrada y registro en las dependencias de la empresa TRANSPINELO en la calle ... sin número, el día 6/7/2011 (folios 931 y ss.), se intervinieron diversos vehículos, maquinaria y efectos industriales.

Practicada entrada y registro el día 7/7/2011 en la calle ... número ..., con entrada de coches por calle ... (folios 950 y ss.), alquilada por TRANSPINELO, fue ocupada diversa maquinaria.

Practicada entrada y registro el día 14/7/2011 (folios 2402 y ss.) en el terreno vallado anexo al bar restaurante V. en el Polígono industrial de la Raya de Velilla, con entrada por calle ... y calle ..., en Velilla de San Antonio, se intervinieron maquinaria, vehículos y utillaje industrial.

Practicada entrada y registro el día 29/6/2011 en el domicilio de la Avenida de ..., de Mejorada del Campo (folios 2341 y ss.), domicilio de C. fueron intervenidos diversos efectos, alianzas de matrimonio, documentación y vehículos, así como 1.400 euros en billetes de 50 dentro de uno de los coches.» [sic]

SEGUNDO

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«**FALLAMOS: I.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a:**

1.- a) L.M.J., en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de

sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína), en cantidad de notoria importancia, en organización, ostentando la jefatura, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de **TRECE AÑOS, SEIS MESES de prisión y multa de 775.633.440 €.**

b) En su cualidad de autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar ya definido del artículo 468.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) al pago de multa de **VEINTICUATRO MESES a razón de 10 € día.**

c) Y en su cualidad de autor responsable de un delito de falsificación en documento oficial ya definido de los artículos 392 en relación con el 390.1.1º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), a la pena de **SEIS MESES DE PRISION y multa de SEIS MESES a razón de 10 €, mínimo previsto dada la escasa entidad de la utilidad acreditada del mismo.**

2.- C.L.M. en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína) en cantidad de notoria importancia, en organización, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de **DIEZ AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN y multa de 775.633.440 €.**

3.- J.L.G.R. a) en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína) en cantidad de notoria importancia, en organización, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de **NUEVE AÑOS DE PRISIÓN y multa de 775.633.440 €.**

b) En su cualidad de autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar ya definido del artículo 468.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) al pago de multa de **DOCE MESES a razón de 10 € día.**

4.- J.M.B.L., en su calidad de autor responsable de un delito ya definido contra la salud pública, de sustancia estupefaciente que causa grave perjuicio para la salud (cocaína) en cantidad de notoria importancia, en organización, mediante el uso de buque y simulación de operaciones comerciales internacionales, a la pena de **NUEVE AÑOS DE PRISIÓN y multa de 775.633.440 €.**

5.- la entidad TRANSPINELO S.L. por su participación como instrumento jurídico en los términos ya definido respecto del delito contra la salud pública asimismo concretado a su **DISOLUCIÓN con pérdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de realizar actividad comercial alguna,** y al pago de la **MULTA de 775.633.440 €.**

6.- la entidad GEORMADRID MACHINERY S.L. por su participación como instrumento jurídico en los términos ya definido respecto del delito contra la salud pública asimismo concretado a su **DISOLUCIÓN con pérdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de realizar actividad comercial alguna,** y al pago de la **MULTA de 775.633.440 €.**

7.- la entidad INVESTISSIMETN TRANS SPAIN AFRICA S.A. (ITSA), por su participación como instrumento jurídico en los términos ya definido respecto del delito contra la salud pública asimismo concretado a la **prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de 5 años,** y al pago de la **MULTA DE 775.633.440 €.**

II.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a:

1.- El procesado **L.M.J.,** al no haber quedado suficientemente acreditados los hechos que se le imputaban para contradecir el principio de presunción de inocencia.

2.- La procesada **V.I.,** al no haber quedado suficientemente acreditados los hechos que se le imputaban para contradecir el principio de presunción de inocencia.

siguientes:

III.- A los procesados condenados les serán de aplicación las **A L.M.J., C.L.M. y J.L.G.R.,** la pena accesoria de inhabilitación absoluta.

Y a **J.M.B.L.** la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria, comercio por el tiempo e condena.

A los procesados condenados les será de aplicación el tiempo de prisión provisional cumplido siempre que no se haya aplicado para el cómputo de cumplimiento de otra responsabilidad penal.

IV.- Que asimismo procede acordar el comiso de los efectos intervenidos, dinero, vehículos,

maquinaria y demás bienes, que figuran incluidos en la transcripción de las actas de entrada y registro y que fueron intervenidos a los procesados en sus detenciones, a excepción de los correspondientes a los procesados absueltos, así como los que figuran detallados en la relación de bienes contenida en los hechos probados.

V.-Los procesados condenados y las entidades asimismo objeto de condena deben satisfacer las costas del proceso, que se imponen proporcionalmente declarándose de oficio las correspondientes a los dos procesados absueltos.» [sic]

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO

El recurso interpuesto por **L.M.J.** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del art. 5.º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24. 2º CE [RCL 1978, 2836]), al secreto de las comunicaciones (artº. 18.3 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y, a Juez predeterminado por la Ley (art. 24. 2º CE).

Segundo.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Tercero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Cuarto.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por infracción de ley, por indebida aplicación del artº. 392, en relación con el artº. 390.1.1º, ambos del Código (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), en relación con el delito de falsificación en documento oficial.

QUINTO

El recurso interpuesto por **C.L.M.** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artº. 5.4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24. 2º CE [RCL 1978, 2836]), al secreto de las comunicaciones (artº. 18.3 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y, a Juez predeterminado por la Ley (art. 24. 2 CE).

Segundo.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Tercero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24 de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Cuarto.- Al amparo del artº. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por indebida aplicación del subtipo agravado de organización delictiva, del artº. 369 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

Quinto.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por infracción de ley, por falta de aplicación del artº. 16 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), participación en grado de tentativa.

SEXTO

El recurso interpuesto por **J.L.G.R.** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del artº. 18. 3º de la Constitución española (RCL 1978, 2836), derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Segundo.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la presunción de inocencia el artº. 24. 2º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Tercero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art.º 24. 2º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Cuarto.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del artº. 24. 1º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Quinto.- Al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por aplicación indebida de los arts. 368, 369. 5º, 369 bis y 370 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

SÉPTIMO

El recurso interpuesto por **J.M.B.L.** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artº. 24.1º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Segundo.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24. 2º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por aplicación indebida de los artículos 368, 369.5º, 369 bis y 370, todos ellos, del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por aplicación indebida de los artículos 16 y 62 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por inaplicación de los arts. 29 y 63 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

OCTAVO

El recurso interpuesto por **”TRANSPINELO, SL”** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Al amparo del artº. 5.4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por infracción del derecho a la presunción de inocencia, del artº. 24. 2º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artº. 24. 2º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al Juez predeterminado por la ley de los artsº. 120 y 23 de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Cuarto.- Por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635) y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por infracción del derecho a la presunción de inocencia (artº. 24. 2º), del derecho al secreto de las comunicaciones (artº. 18.3) y del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artº 18.2), todos ellos de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por indebida aplicación del subtipo agravado de organización delictiva del art. 369 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), y de extrema gravedad por uso de buque (art. 370 CP) y de la aplicación de los arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater CP, en relación con la organización criminal.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por falta de aplicación del artº 16 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), participación en grado de tentativa.

Séptimo.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16).

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) y artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho de defensa del artº. 24. 2º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

NOVENO

El recurso interpuesto por “**GEORMADRID MACHINERY SL**” se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) y del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL

1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la defensa del artº 24. 2º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) y del artº. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº 24. 2º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

DÉCIMO

El recurso interpuesto por "INVESTISSIMENT TRANS SPAIN AFRICA, SA (ITSA)" se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) y 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho de defensa, del artº 24. 2º de la Constitución española (RCL 1978, 2836).

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) y art. 5. 4º de la L.O.P.J. (RCL 1985, 1578, 2635), por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artº. 24. 2º del texto constitucional (RCL 1978, 2836).

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), por aplicación indebida de los arts. 368, 369. 5º, 369 bis, 370 y 31 bis, todos ellos del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

UNDÉCIMO

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal, en informe de fecha 10 de marzo de 2015, solicitó la inadmisión de todos los motivos de los recursos interpuestos y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

DUODÉCIMO

Por Providencia, de 20 de mayo de 2015, se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para la deliberación, el pasado día 2 de junio de 2015. Por resolución, de fecha 3 de junio siguiente, se decretó la suspensión del término para

dictar sentencia, interesando a las partes personadas que manifestaran, en el plazo de ocho días, lo que estimasen oportuno a la vista de las modificaciones legales en el Código Penal establecidas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (RCL 2015, 439, 868), habiendo presentado escrito la Procuradora Sra. Blanco Martínez, en representación de "TRANSPINELO SL" y el Ministerio Fiscal.

DECIMOTERCERO

Por resolución, de 7 de septiembre de 2015, se declaró de nuevo el recurso admitido y concluso, señalándose el 1 de octubre de 2015 para la deliberación y decisión del mismo. Teniendo en cuenta la complejidad y novedad del tema objeto de estudio, así como el volumen de las actuaciones, la Sala acordó suspender el plazo para dictar sentencia por Auto de fecha 2 de octubre de 2015 y, someter las cuestiones, a un Pleno Jurisdiccional de la Sala, el cual tuvo lugar el 17 de diciembre de 2015, habiéndose prolongado la deliberación hasta el día de hoy.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recursos de las personas físicas

A) Recurso de L.M.J.

PRIMERO

El recurrente, condenado por la Sentencia de instancia como autor de un delito contra la salud pública, otro de falsificación de documento oficial y un tercero de quebrantamiento de medida cautelar a las penas respectivas de trece años y seis meses de prisión y multa, seis meses de prisión y multa y otra multa más, apoya su Recurso en cuatro diferentes motivos, de los que los tres primeros denuncian, con base en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), la vulneración de los siguientes derechos fundamentales:

1) El derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE [RCL 1978, 2836]), por haberse obtenido, según quien recurre, las correspondientes autorizaciones de las intervenciones telefónicas que encabezan las presentes actuaciones mediante el procedimiento fraudulento, seguido por los funcionarios policiales, de ocultar que las mismas ya habían sido rechazadas por otros órganos judiciales a los que se les habían dirigido similares solicitudes con anterioridad.

La Sentencia recurrida ya se ocupó de dar cumplida respuesta a semejantes

planteamientos, en concreto en su Fundamento Jurídico Primero, con argumentos que se comparten íntegramente y que han de ser tenidos por reproducidos en esta sede casacional.

En efecto, en dicha Fundamentación se señala cómo las diferentes solicitudes de práctica de distintas diligencias probatorias, no sólo de intervenciones telefónicas, no suponen en modo alguno la reiteración en búsqueda fraudulenta de una autorización final, eludiendo decisiones previas en sentido negativo adoptadas por diversos Instructores, sino que, antes al contrario, se trataba de investigaciones distintas, seguidas como consecuencia de otras tantas actividades delictivas en las que se disponía de información de que podían haber sido cometidas, todas ellas, por el propio recurrente y otras personas de su círculo o con las que mantenía relación.

Así, las primeras diligencias en orden cronológico, ante el Juzgado número 1 de Coslada, (DP 1902/2010) y que dieron origen a una denegación de la solicitud de intervenciones telefónicas por dicho Juzgado por no considerarlas propias de la investigación del delito investigado, consistente en un supuesto delito de blanqueo de capitales del que podrían ser autores el recurrente y otras personas próximas a él, y resultar suficientes a tal efecto, a juicio del Instructor, los requerimientos a varias entidades financieras, a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, para que facilitara la información a la Unidad Policial correspondiente, acerca de las actividades empresariales de los investigados que pudieran, o no, justificar los cambios de titularidad y adquisiciones de vehículos y maquinaria a los que hacía alusión el oficio remitido al Juzgado.

A su vez, en segundo lugar, las solicitudes de apertura de diligencias previas y, en su seno, de intervenciones telefónicas, dirigidas al Juzgado Central de Instrucción número 2, se correspondían con la comisión de un supuesto delito de tráfico de drogas, con introducción en nuestro país de grandes cantidades de cocaína procedente de Argentina, que se atribuía a L.M.

El Juzgado denegó dicha autorización, en cuya solicitud se mencionaba la anterior actuación ante el Juzgado de Coslada y se facilitaban nuevos datos sobre vigilancias mantenidas y comprobaciones llevadas a cabo por los funcionarios policiales, a la vez que se justificaba la necesidad de las intervenciones de comunicaciones con base en el hecho de que los investigados pudieran tener conocimiento de que ya eran objeto de seguimiento por el anterior Juzgado de Instrucción.

El órgano destinatario de esas solicitudes resolvió (DP 347/2010), denegar lo interesado por su falta de competencia objetiva al no existir, a su juicio, razones fundadas para afirmar que se estaba ante una verdadera organización criminal además de que, a mayor abundamiento, tampoco se consideraban suficientes para la práctica de las diligencias las razones expuestas en los oficios recibidos.

Por su parte, El Juzgado Central de Instrucción número 6, a instancia de la Fiscalía Especial Antidroga, abriría nuevas Diligencias (DP 68/2011, de las que procede el presente Procedimiento), en las que se remitió al Juzgado nueva solicitud de intervenciones telefónicas, pero en este caso en referencia a la investigación seguida por la desaparición de un helicóptero decomisado que había sido sustraído, se suponía que para dedicarle a actividades de tráfico de drogas, en la que se había detectado que podría participar el llamado M.A.R. porque éste había adquirido ciertas piezas necesarias para la reparación de dicho helicóptero.

Se vinculó con tales hechos a A.P., del que ya se tenían informaciones previas que le relacionaban con una organización dedicada al narcotráfico y radicada en la provincia de Madrid quien, además, había sido detectado, en varias ocasiones, en compañía del aquí recurrente, concretamente en controles efectuados en Marsella, en el aeropuerto de Málaga procedentes de un vuelo con origen en Venezuela así como en la aduana de la localidad francesa de San Martin de Creu portando gran cantidad de dinero en efectivo.

Concluyendo los investigadores en que L.M., que había sido previamente no sólo con el ya citado J.A.P. sino también con otra persona llamada R.L., formaba parte, con M.Á.R., de una organización que introducía en España, utilizando el helicóptero mencionado y varias avionetas, cantidades de hachís y que estaban preparando, según informaciones recibidas, una gran operación de introducción de un alijo de cocaína en nuestro país.

Sería el Juzgado Central de Instrucción número 5, en funciones de Guardia, quien, en Resolución de 15 de Marzo de 2011 (DP 60/2011) y acogiendo las razones expuestas por la Policía apoyadas por el Informe del Ministerio Fiscal, accediera finalmente a la autorización de las intervenciones que ahora se cuestionan, en referencia tanto a M.A.R. como a L.M. y a otras personas del círculo familiar de éste, posibles autores de los graves ilícitos objeto de investigación, y remitiendo las actuaciones, una vez acordadas las medidas urgentes interesadas, al Juzgado Central de Instrucción número 6 para su incorporación a las actuaciones seguidas por éste, a que, tras una inicial inhibición en

favor del Juzgado Central de Instrucción número 2, rechazada por éste por Auto de 23 de Marzo de 2011, acabó haciéndose cargo de las mismas prosiguiendo con su tramitación en el seno de las referidas DP 68/2011 de las que finalmente trae causa el procedimiento que nos ocupa.

En definitiva, de una tal descripción de lo acontecido es obvio que decaen los argumentos del Recurso, imputando a la actuación policial un ánimo de engaño, en concreto reiterando ante distintos Juzgados una misma solicitud de intervenciones telefónicas hasta conseguir lo que previa y repetidamente le había sido denegado porque ni los hechos en los que se apoyaban las distintas peticiones eran los mismos (supuesto delito de blanqueo ante el Juzgado de Coslada y diferentes operaciones tráfico de drogas en los Juzgados Centrales número 2 y 6, puesto que el número 5 intervino tan sólo en funciones de Guardia e inmediatamente envió lo actuado al número 6) ni existió ocultación alguna de solicitudes anteriores (toda vez que el Juzgado Central de Instrucción número 6 tuvo conocimiento desde un inicio, por mención expresa, de las actuaciones previas en Coslada y entre el número 2 y el 6 de los Centrales de Instrucción se mantuvo, incluso, un debate acerca de su respectiva competencia).

En realidad, serían las diversas y plurales actividades delictivas en las que se encontraban implicados el recurrente y el círculo de personas con él relacionadas o, al menos, la diversidad de supuestos en los que se le atribuía una participación bastante para proceder a su investigación, lo que explica la complejidad y relación entre las distintas actuaciones que le afectaban y que han quedado descritas.

Como, por otra parte, también se advierte, con todo lo relatado, las sobradas razones que existían, cuando se acuerdan las diligencias de intervención de las comunicaciones, para justificar las mismas y no existe tacha alguna, en este momento al menos, respecto de adecuado control al que se sometió su práctica, es consecuencia lógica la desestimación de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones alegada.

2) El derecho a la intimidad, en su versión de la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE [RCL 1978, 2836]), habida cuenta de que la realización de la diligencia de entrada y registro en la vivienda del recurrente, aunque llevada a cabo mediando la oportuna autorización judicial, no habría cumplido con los requisitos necesarios para otorgarle la necesaria validez probatoria ya que el recurrente, en ese momento privado de libertad y presente en el registro de su morada, no fue asistido en dicha práctica por

si Abogado defensor.

A tal respecto sólo se precisa recordar la reiterada doctrina de esta Sala, contenida en numerosas Resoluciones, entre otras las SSTS 773/2013, de 22 de Octubre (RJ 2014, 1833), o 187/2014, de 10 de Marzo (RJ 2014, 2868), que insisten en la inexistencia de la obligación legal de dicho requisito para otorgar el valor probatorio a los resultados de una diligencia semejante, bastando con la necesaria presencia del propio detenido en esta ocasión debidamente cumplida al igual que aconteció con el resto de los registros realizados en las viviendas de los otros condenados, para concluir en el nuevo rechazo de la argumentación del Recurso en este extremo.

3) El derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), por la inexistencia de pruebas suficientes para sustentar la condena de L.

Baste, para dar respuesta a tal alegación, recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución (RCL 1978, 2836), ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra suficiente para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal “*a quo*” de manera absolutamente lógica y razonable, no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la Resolución de instancia, en los que se exponen las razones por las cuales el Tribunal “*a quo*” considera debidamente fundada su convicción condenatoria, con base en las pruebas practicadas, declaraciones de los acusados, testificales, periciales, documentales y, de

forma muy significativa, el contenido de las comunicaciones telefónicas intervenidas y los resultados de los registros domiciliarios.

Realmente, la denunciada infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia viene a ser tributaria, en este caso, de las precedentes pretensiones, ya abordadas, por las que se interesaba la declaración de nulidad del material probatorio procedente tanto de las “*escuchas*” telefónicas como de los registros domiciliarios, por lo que la desestimación de aquellas alegaciones conduce naturalmente a la de ésta.

Junto a lo anterior, también se cuestiona en el Recurso la acreditación de la naturaleza de la sustancia ocupada y demás características resultantes de su análisis en la República de Venezuela, ya que se afirma que ni se respetaron las exigencias de conservación de muestras, etc., que rigen para esta clase de actividades probatorias, de acuerdo con la legislación de aquel país, ni existen garantías en cuanto al rigor en la “*cadena de custodia*”.

A propósito de tales planteamientos, la Sala de instancia ya ofreció las razones para su rechazo, afirmando acertadamente que no sólo no se exponen razones concretas que hagan sospechar de una alteración, sustitución, confusión, etc. entre la sustancia ocupada y la que fue objeto de análisis, por lo que no cabe atender al respecto a una mera duda genérica y carente de concreto fundamento (recuérdese que estamos además ante un alijo de nada menos que varias toneladas de cocaína lo que limita extraordinariamente las posibilidades de un error en la identificación y seguimiento de la misma), sino que tampoco hay constancia en orden a ninguna clase de irregularidades o defectos en el proceso de pesaje y análisis de dicha droga, teniendo en cuenta por otro lado que comparecieron al acto del Juicio oral funcionarios policiales venezolanos que, a preguntas de las partes, explicaron cumplidamente el procedimiento llevado a cabo en este sentido, aclarando todas las posibles dudas que pudieran haber en este punto, sin que de ello se desprendiera tampoco apoyo alguno a las tesis de quien recurre.

En definitiva, la Sala dispuso, en este caso, de pruebas plenamente conformes, practicadas con todos los requisitos legales. Pruebas, por consiguiente y en definitiva, todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio respecto del recurrente, que frente a todo ello se extiende, en su Recurso, en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, con lo que, en definitiva, se aleja del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste en el que, como ya

dijimos, la razonabilidad de la valoración realizada por la Audiencia nos veda la posibilidad de alterar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal “*a quo*”.

Razones, todas ellas, por las que estos tres motivos iniciales han de desestimarse.

SEGUNDO

Por su parte, en el motivo Cuarto se alega la presencia de una infracción de ley (art. 849.1º LECr [LEG 1882, 16]) por incorrecta aplicación del artículo 390.1 1º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), toda vez que el documento que se dice falsificado no era propiamente un documento oficial de identidad, la alteración de las fecha de expedición y caducidad no es sustancial y que su origen era venezolano por lo que para el enjuiciamiento del posible delito no serían competentes los Tribunales españoles.

Pero, a este respecto, conviene recordar que el cauce casacional ahora utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone tan sólo la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal, sin que sea posible, por esta vía, volver a cuestionar el fundamento y prueba de tales Hechos.

Labor que, por lo tanto, ha de partir en todo caso de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que inicialmente le es propia.

Y en este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, toda vez que integra los elementos propios de la infracción objeto de condena, tanto en lo que atañe al evidente carácter de documento oficial de un permiso internacional para la conducción de vehículos a motor (SSTS de 6 [RJ 1990, 6255] y 11 de Julio de 1990 [RJ 1990, 6292], 13 de Mayo de 1992 [RJ 1992, 3872] o 29 de Marzo [RJ 1993, 2573] y 30 de Abril de 1993 [RJ 1993, 3301], por citar sólo algunas), expedido por la Autoridad competente venezolana, como acerca del carácter esencial de su fecha de caducidad puesto que con ella se marca, ni más ni menos, que la dimensión temporal de la

efectividad en cuanto a la autorización que el documento representa (SSTS de 27 de Abril de 1992 [RJ 1992, 3201] o 22 de Enero de 1996 [RJ 1996, 47], entre otras).

Mientras que, por lo que se refiere a la ausencia de jurisdicción y competencia de los Tribunales españoles para enjuiciar una conducta que, en todo caso, habría sido cometida fuera de nuestras fronteras, lo cierto es que no existe razón que sustente tal afirmación, por lo que la sanción por los Tribunales españoles de semejante conducta falsaría por parte de L. que, por otro lado, no podía permanecer ignorante ni ajeno a una alteración sustancial de un documento personal como el permiso de conducción que llevaba incorporada su propia fotografía, incluso en el caso de que el no fuera el autor material de la mendacidad pues, como con reiteración tenemos dicho (vid. por ej. SSTS de 29 de Mayo de 2006 [RJ 2006, 3126] y 31 de Octubre de 2007 [RJ 2007, 7856]), no nos hallamos ante un tipo delictivo “*de propria mano*”, resulta también de todo punto correcta.

Procediendo, por consiguiente, la desestimación del motivo y, con él, la del Recurso en su integridad.

B) Recurso de C.L.M.

TERCERO

El segundo Recurso, interpuesto por quien también fue condenado por la Audiencia como autor de un delito contra la salud pública a las penas de diez años, seis meses y un día de prisión, incluye cinco motivos, los tres iniciales relativos a la vulneración de derechos fundamentales (arts. 5.4 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635] y 852 LECr [LEG 1882, 16], en relación con el 18.3 y el 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), en todo semejantes en su argumentación a los mismos ordinales del Recurso anterior, por lo que la respuesta dada a los mismos en nuestro primer Fundamento Jurídico debe tenerse por reiterada para la desestimación de éstos.

A su vez, los dos últimos motivos del Recurso, el Cuarto y el Quinto, hacen referencia a sendas infracciones de Ley, a saber:

1) Una primera consistente en la indebida aplicación del artículo 369 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), habida cuenta de que no se dan los requisitos necesarios para integrar el contenido de la organización dedicada a la comisión de delitos contra la salud pública ni tampoco para afirmar la condición de jefe de la misma del recurrente (motivo Cuarto).

Desde el obligado respeto al “*factum*” de la recurrida, propio de un motivo de la naturaleza del presente, se advierte cómo en el mismo se describe tanto la existencia de una verdadera organización delictiva, con presencia de todos los requisitos necesarios para ello, de la que formaba parte el recurrente como la posición del mismo en la jefatura de dicha organización.

Así, por un lado, el relato de hechos recoge la existencia de un grupo de personas, dirigidas por L.M., que planificaba operaciones de tráfico de drogas, valiéndose para ello de empresas mercantiles, con una estructura jerarquizada en la que venían atribuidos cometidos concretos a cada uno de los miembros, que mantenía contactos sólidos con organizaciones delictivas, radicadas en otros países y que les proveían de la substancia de comercio prohibido, encubriendo su actividad mediante la realización de operaciones de exportación y posterior importación de maquinaria, con el empleo de los medios necesarios para ello. Lo que sin duda cumple los requisitos necesarios para la existencia de la organización delictiva a la que alude el precepto cuya aplicación se cuestiona y que la Jurisprudencia desarrolla en Resoluciones como la STS 906/2014, de 23 de Diciembre (RJ 2015, 1024).

En tanto que la presencia de C. en dicha organización se caracteriza, según la narración, por tratarse de quien sustituía a L., ejerciendo funciones de mando cuando aquel se ausentaba de nuestro país, interviniendo directamente en los trámites para el envío de las máquinas que regresarían con la droga oculta en su interior y, en definitiva, impartiendo instrucciones junto con el manejo de importantes cantidades de efectivo.

2) En segundo lugar, la del artículo 16 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) puesto que los hechos enjuiciados, en todo caso, tan sólo constituirían un delito en grado de tentativa (motivo Quinto), ya que el recurrente no conocía que las máquinas exportadas tenían como destino regresar a España con droga oculta en su interior y nunca tuvo verdadera disponibilidad sobre ésta (sic).

Evidentemente no es sólo ya que resulta extraordinariamente difícil encontrar un espacio, dentro de la tipicidad del delito contra la salud pública y dada su naturaleza como infracción de mera actividad, para supuestos de ejecución imperfecta, sino que el Recurso, en este momento, lo que en realidad pretende, como se aprecia con la lectura de sus alegaciones, es cuestionar la valoración probatoria llevada a cabo por los Jueces “*a quibus*”, que atribuyeron a C. el pleno conocimiento de la operación ilícita y la contribución a su ejecución de forma protagonista, ignorando para ello la literalidad del

relato de hechos, en este momento de obligado respeto, y sin que pueda tampoco alegarse la circunstancia de la incautación de la droga en Venezuela, puesto que lo cierto es que él, como el resto de la organización, ya había ostentado, antes de ello, la disposición, siquiera mediata, de la sustancia lo que, como sabemos, supone la consumación del delito.

En consecuencia procede la desestimación de todos los motivos del Recurso.

C) Recurso de J.L.G.R.

CUARTO

Este Recurso, interpuesto por quien fue condenado como autor de un delito contra la salud pública y otro de quebrantamiento de medida cautelar a las penas de nueve años de prisión y multa y otra multa, formula cinco distintos motivos, los cuatro primeros, con cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), referentes a otras tantas infracciones de derechos fundamentales, en concreto:

1) La del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE [RCL 1978, 2836]), por ausencia de datos suficientes para la autorización de las intervenciones telefónicas practicadas en su día y el hecho de que se dirigiera la solicitud de la misma a un órgano jurisdiccional diferente de aquel a quien correspondía la competencia para otorgarla (motivo Primero).

A la segunda de tales alegaciones, la vulneración del derecho al Juez legalmente predeterminado como competente para autorizar la práctica de las intervenciones, ya se ha dado suficiente respuesta, con una conclusión desestimatoria, en el anterior apartado 1) del Fundamento Jurídico Primero de esta Resolución.

Y otro tanto podría decirse respecto del primer argumento, pues los contenidos de las sucesivas de solicitudes de autorización para la injerencia en el derecho fundamental eran más que suficientes para otorgar ésta, como se decidió por el Juzgado Central de Instrucción número 5 en funciones de guardia, en su día, al hacer referencia a hechos como los que dieron primeramente origen a las Diligencias Previas seguidas ante el Juzgado número 1 de Coslada y, con posterioridad, en las de los Juzgados Centrales números 2 y 6, entre los que se hallaban la constancia de preparativos para la ejecución de operaciones internacionales de tráfico de drogas, la ocupación de trescientos kilos de hachís en poder de uno de los sospechosos, la disposición por los investigados de grandes cantidades de efectivo, cuyo origen se desconocía, o la desaparición de un

helicóptero que previamente había sido objeto de decomiso y la adquisición de piezas necesarias para su reparación, todo ello contando con la participación de los diferentes sospechosos, de los que también constaban sus estrechas vinculaciones, cuyas comunicaciones se pretendía intervenir para el completo esclarecimiento de los hechos.

Datos los mencionados, junto con otros de menor trascendencia pero no por ello irrelevantes, que por su carácter objetivo y constatable, daban plena cobertura a la procedencia y necesidad de la práctica de dichas diligencias.

2) La del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), en vinculación con el motivo anterior, pues la nulidad de las intervenciones supondría la carencia de pruebas bastantes para sustentar el pronunciamiento condenatorio (motivo Segundo).

Por ello, la desestimación de aquel motivo conduce inexorablemente a la de éste.

3) La del derecho a un proceso con garantías (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), dadas las irregularidades del análisis químico de la sustancia ocupada realizado en Venezuela (motivo Tercero).

Una vez más el contenido del motivo coincide con alegaciones planteadas anteriormente en los Recursos ya examinados (Terceros de L. y de C.), por lo que éste habrá de seguir el mismo destino desestimatorio de aquellos.

4) La del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]), por ser la motivación de la recurrida para sostener el pronunciamiento condenatorio insuficiente, ilógica e irracional (motivo Cuarto).

Lejos de tales afirmaciones, con la sola lectura de la motivación que es objeto de crítica se comprueba la solidez de la misma que acerca de J.L. basa su condena por ser el acompañante del máximo responsable de la organización, L.M., en sus viajes al extranjero, el apoyo que le prestaba en la logística de los mismos, en la preparación y desplazamiento de los envíos de la maquinaria exportada, de su prolongada estancia en Venezuela con el único objetivo plausible de la intervención en la operación de tráfico ilícito y, en concreto, por haber recibido una llamada telefónica de C., tras ser incautada la cocaína en Venezuela, indicándole que retirase la batería de su teléfono para evitar la localización.

De esta forma los motivos se desestiman.

QUINTO

A su vez, el Quinto y último motivo de este Recurso alude a la infracción de Ley (art. 849.1º LECr [LEG 1882, 16]) consistente en la indebida aplicación de los artículos 368, 369. 5º y 370 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que describen el tipo delictivo objeto de condena.

Parte para ello el recurrente de la afirmación de que su participación en los hechos fue tan insignificante que, aunque no se cuestione la existencia de organización ni el carácter de la “*extrema gravedad*” del ilícito (art. 370 CP), por la utilización de un buque y la simulación de una operación de comercio internacional, además de la gran cantidad de la droga objeto del tráfico (varias toneladas de sustancia), no le resultaría aplicable, máxime dada su condición de simple subalterno, dicha forma agravada.

Ateniéndonos, una vez más, a la literalidad de la narración de hechos probados, constatamos no sólo que dicho carácter subalterno no es cierto, ni tampoco que su participación pudiera considerarse insignificante, sino que además, aunque lo fuera, basta con llevar a cabo los actos que se le atribuyen, con pleno conocimiento de la concurrencia de la referida gravedad, para que, independientemente de su concreta contribución, pueda aplicársele el referido subtipo que se combate (vid. STS 503/2012, de 5 de Junio [RJ 2012, 9050]).

Por lo tanto motivo y Recurso, en su integridad, se desestiman.

D) Recurso de J.M.B.L.

SEXTO

Este recurrente, también condenado como autor de un delito contra la salud pública a las penas de nueve años de prisión y multa, hace referencia a otros cinco motivos, de los que los dos primeros se refieren, una vez más, a vulneraciones de derechos fundamentales (arts. 5.4 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635] y 852 LECr [LEG 1882, 16]) tales como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), girando en ambos casos la argumentación en torno a la falta de razonabilidad de la valoración llevada a cabo por la Audiencia sobre el material probatorio disponible.

Cuestión que ya se ha abordado al analizar diversos motivos de los Recursos precedentes, de modo que no es necesario reiterarnos en ellos, pues resultan igualmente

predicables de los aspectos conducentes a la condena de J.M., para concluir en idéntico destino desestimatorio.

Así, en cuanto a la supuesta infracción del derecho a la presunción de inocencia, directamente relacionada con la del derecho a la tutela judicial efectiva, ha de hacerse constar que quedó plenamente acreditado, en virtud de las pruebas disponibles, válidas y eficaces, que, al margen de otros actos de colaboración, J.M. era la persona materialmente responsable de la empresa ITSA, al margen de que un sobrino suyo figurase formalmente como Administrador de la misma, y que, en esa condición, fue quien preparó el intento inicial de envío de la maquinaria por la referida empresa antes de que, al no estar la misma radicada en nuestro país, tuviera que acudir a realizar la operación a través de TRANSPIELO S.L., incluyendo contactos con el representante de la empresa CRISMAR, que era la encargada de la recepción de las máquinas en Venezuela, para, ulteriormente, actuar también como Administrador único de GEORMADRID MACHINERY, entidad destinataria del reenvío de las mencionadas máquinas a España, ya cargadas con la droga, y que carecía de actividad alguna real.

Por lo que, al no existir las referidas infracciones de derechos fundamentales, los motivos han de desestimarse.

SÉPTIMO

Por último, los motivos restantes, Tercero a Quinto, de este Recurso versan sobre tres infracciones de Ley (art. 849.1º LECr [LEG 1882, 16]) por la incorrecta aplicación de los artículos 368, 369. 5ª, 369 bis y 370, relativos al delito agravado contra la salud pública (motivo Tercero), 16 y 62, acerca de la tentativa (motivo Cuarto), y 29 y 63, que contemplan la complicidad (motivo Quinto).

Con respeto estricto al contenido del “*factum*” de la recurrida, obligado en este momento como se sabe, hay que afirmar la procedencia de la desestimación de los motivos Tercero y Cuarto, porque vienen a reiterar pretensiones y razonamientos ya abordados a la hora de dar respuesta a motivos formulados en Recursos anteriores, con argumentos que aquí han de tenerse por reproducidos.

Mientras que, en cuanto al motivo Quinto, también hemos de aplicar un criterio desestimatorio pues, lejos de poder calificar la intervención del recurrente en los hechos enjuiciados como un supuesto de complicidad, lo cierto es que la condición de autor que le asigna el Tribunal de instancia se presenta como plenamente acertada, a la vista de los

actos que le atribuye el “*factum*” de la recurrida y que acaban de describirse, siendo la persona que gestionaba tanto la empresa que pretendía inicialmente ser la exportadora de las máquinas de referencia como la que, sin actividad lícita alguna, iba a recibir aquellas a su regreso a nuestro país con su cargamento prohibido.

En consecuencia, los motivos y el Recurso, al igual que los anteriores, deben de ser también desestimados.

Recursos de las personas jurídicas

E) Recurso de “Transpinelo s.l.”

OCTAVO

La recurrente, persona jurídica declarada responsable por haber sido considerada instrumento para la comisión de un delito contra la salud pública y condenada por ello a las penas de disolución y multa de 775.633.440 euros, formula en su Recurso ocho diferentes motivos de los que los cuatro primeros y el Octavo hacen referencia a otras tantas vulneraciones de derechos fundamentales (art. 5.4 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635]), en concreto a:

1) La presunción de inocencia (art. 4.2 CE [RCL 1978, 2836]), dado que los registros domiciliarios llevados a cabo en su día en las viviendas de las personas físicas también condenadas en estas actuaciones como autoras del delito contra la salud pública originario son nulos por falta de asistencia letrada y no estar acreditado que L.M. fuera administrador de hecho de la recurrente ni que C.L. haya suministrado datos de la entidad para la exportación de las máquinas en las que se ocultó la cocaína al regreso a nuestro país (motivo Primero).

2) A un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), porque la prueba practicada en Venezuela no respetó los requisitos necesarios y exigibles de acuerdo con la normativa existente en aquel país ni los principios procesales propios de nuestro ordenamiento patrio (motivo Segundo).

3) A la tutela judicial efectiva y al Juez legalmente predeterminado (art. 24.1 y 2 CE [RCL 1978, 2836]), ya que la policía solicitó la autorización de las intervenciones telefónicas al órgano que no le correspondía conocer de su concesión, dando con ello lugar a unas nuevas actuaciones, ante la denegación de aquellas por los Instructores a los que inicialmente se habían dirigido unas solicitudes anteriores (motivo Tercero).

4) A los derechos a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE [RCL 1978, 2836]), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), reiterando los argumentos ya expuestos en anteriores motivos de este Recurso y los formulados por las personas físicas condenadas (motivo Cuarto).

Motivos que merecen ser desestimados toda vez que, en primer lugar, en ellos se incluyen diversas cuestiones ya resueltas al dar respuesta a diferentes motivos de los Recursos de las personas físicas, tales como las relativas al valor de las pruebas practicadas tanto en Venezuela (ocupación y análisis de la droga) como en nuestro país (intervenciones telefónicas y registros domiciliarios), al debido respeto al Juez legalmente predeterminado o a la presunción de inocencia.

Mientras que, por lo que se refiere a la condición de administrador de hecho de la recurrente y de representante como administrador de derecho de la misma de las personas físicas autoras del delito contra la salud pública objeto de condena, la prueba ha de ser tenida como bastante, a la vista de las diligencias practicadas en el propio Juicio oral (declaraciones de los acusados, testificales, documental, etc.), debidamente valoradas por la Audiencia, pues en todas ellas se constata que la gestión de la aquí recurrente era llevada en la práctica por los autores del ilícito que da lugar posteriormente a la responsabilidad de TRANSPINELO S.L., cumpliéndose así los dos primeros requisitos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal, tanto en su redacción originaria de la LO 5/2010 (RCL 2010, 1658) como en la actualmente vigente tras la reforma operada por la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868), a saber:

- La comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, en este caso el delito contra la salud pública inventariado a tal efecto en el artículo 369 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).
- Que las personas físicas autoras de dicho delito son integrantes de la persona jurídica, en esta ocasión como administradores de derecho y de hecho, respectivamente, de la misma.

Llegados a este punto y no sólo para completar el análisis de la necesaria acreditación de los diferentes requisitos exigidos para sustentar debidamente una conclusión condenatoria para la persona jurídica, respetuosa con el derecho de ésta a la

presunción de inocencia, sino también a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal que esta Sala tiene encomendadas como Tribunal casacional, tratándose de materia tan novedosa como compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas acordes con el sentido, naturaleza y finalidad del mismo, se considera de interés dejar aquí constancia de las siguientes precisiones:

a) Como ya se dijera en la STS núm. 514/15, de 2 de Septiembre de 2015 (RJ 2015, 3974), ha de reiterarse que

“Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.”

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían 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 en lo que a ella respecta.

b) Que, de acuerdo con todo ello y aunque en el presente procedimiento no haya sido materia de debate, ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente, es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777], especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015 [RCL 2015, 439, 868]) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible,

la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015 [RCL 2015, 439, 868]), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Circular 1/2016 (ARP 2016, 1) de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una “*excusa absolutoria*”, vinculada a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una “*excusa absolutoria*” ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue

esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “*compliances*” o “*modelos de cumplimiento*”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.

No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de Enero (ARP 2006, 1), al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la “*cultura ética empresarial*” o “*cultura corporativa de respeto a la Ley*” (pág. 39), “*cultura de cumplimiento*” (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida “*cultura de cumplimiento*” que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo

vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 (RCL 2015, 439, 868) para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que “...*la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*” (art. 31 ter 1 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

Pues bien, como ya se dijo y centrándonos en el caso presente, la acreditada ausencia absoluta de instrumentos para la prevención de delitos en TRANSPINELO hace que, como consecuencia de la infracción contra la salud pública cometida por sus representantes, surja la responsabilidad penal para esta persona jurídica.

5) Al derecho de defensa (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), por no haberse respetado el derecho de la recurrente a la última palabra, previsto en el art. 739 LECr (LEG 1882, 16), ya que tan sólo se dio audiencia en el correspondiente momento procesal a la persona física representante legal de la recurrente, también acusada, que hizo uso de ese trámite en su exclusivo interés y no en el de su representada (motivo Octavo).

En este caso, a diferencia de los anteriores, podría pensarse, al menos inicialmente, que le asiste la razón a la recurrente pues, en efecto, se le habría privado del derecho a hacer uso, en su propia defensa, del referido trámite y, yendo aún más lejos, de poder ejercer plenamente ese derecho suyo a defender los intereses que le eran propios y exclusivos, distintos y hasta contradictorios con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento.

Nos enfrentamos con ello ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de Octubre (RCL 2011, 1846), sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día.

Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica,

que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. art. 31 quáter b) CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el art. 31 ter CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) (anterior art. 31 bis. 2 CP), la persona jurídica responderá “...*aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*” y, según apartado 3 del mismo precepto, incluso ante el “...*hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia...*”.

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de “*defensor judicial*” de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de

los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al “*director del sistema de control interno de la entidad*” (el denominado también como “*oficial de cumplimiento*”), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

Y todo ello incluso siempre que, a esas alturas, resultase ya ineficaz la decisión óptima de retrotraer las actuaciones no al acto del Juicio oral sino a su momento inicial, a fin de que la presencia plena del derecho de defensa de la persona jurídica a lo largo de todo el procedimiento se cumpliera, en aras a seguir la estrategia más favorable para ella en todas sus posibilidades, incluida la de la importante colaboración con las autoridades desde su inicio, para el completo esclarecimiento de los hechos o la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito (vid. atenuantes del art. 31 quáter, antes 31 bis.4, CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]), finalidad determinante, dentro de criterios de política criminal, para la existencia del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica.

No obstante, tras dejar constancia para ulteriores ocasiones de tales exigencias, a las que tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención, en el presente supuesto un pronunciamiento de nulidad semejante no procede, toda vez que no se concreta el perjuicio para la recurrente, constitutivo de verdadera indefensión, que hubiera podido sufrir, resultando además excesivamente

complejo, inadecuado y, sobre todo, de escasa utilidad práctica, incluso por las razones que acaban de exponerse en el párrafo anterior, de modo que lo que ha de concluirse, a la postre, es en la desestimación del motivo, a causa de esa inutilidad práctica y ausencia de lesión efectiva de su derecho, sin perjuicio de que, como queda dicho y para futuras ocasiones, se haya de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por otro lado, unas admoniciones semejantes así mismo deberían de servir de advertencia al Legislador para que remedie normativamente la posibilidad de que se produzcan situaciones indeseables de esta clase, con una regulación adecuada de la materia.

En definitiva y por las razones expuestas todos los motivos aquí examinados finalmente se deben desestimar.

NOVENO

Por su parte, en el motivo Séptimo del Recurso se plantea la existencia de un error de hecho (art. 849.2º LECr [LEG 1882, 16]) en el que habría incurrido la Audiencia a la hora de valorar la prueba documental obrante en las actuaciones.

Pero, a la vista de que no se cita por quien recurre documento alguno cuyo contenido pudiera servir de base a la afirmación de la existencia del error valorativo evidente que se atribuye a la Sentencia recurrida, el motivo no merece otro destino que el desestimatorio.

DÉCIMO

Finalmente, los restantes motivos, Quinto y Sexto, del Recurso aluden a sendas infracciones de Ley (art. 849.1º LECr [LEG 1882, 16]), consistentes en:

1) La indebida aplicación de los arts. 369 bis, 370, 570 bis, 570 ter y 570 quáter CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que describen los delitos objeto de condena pues la recurrente es una persona jurídica, al tiempo de acaecimiento de los hechos

enjuiciados con más de cien trabajadores, dedicada a actividades lícitas y en la que su administrador, y aquí condenado como autor del delito contra la salud pública, se limitó a gestionar la exportación de las máquinas a Venezuela, sin intervención en el posterior intento de su importación a nuestro país conteniendo la droga (motivo Quinto).

2) La indebida inaplicación del art. 16 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), referente a la tentativa, pues no consta que la recurrente tuviera conocimiento del uso ilícito que fuera a darse a las máquinas en Venezuela (motivo Sexto), por lo que menos aún pudo llegar a tener disponibilidad alguna sobre la sustancia que las mismas portaban.

En ambos motivos el Recurso incurre en una clara confusión acerca de la tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno, sino en esa existencia de la infracción cometida por la persona física unida a la ausencia del debido control que le es propia a la jurídica, en los términos que describe el art. 31 bis (en su redacción coetánea a los hechos enjuiciados), como se corresponde con los criterios antes expuestos.

En tal sentido, desestimados los Recursos de esas personas físicas y, en definitiva, declaradas aquellas autoras de la infracción y, por otro lado, ausentes por completo cualesquiera medidas de control preventivo respecto de la comisión de tal ilícito, la responsabilidad de la recurrente es en este caso obvia, toda vez que si, como ya se dijo, el núcleo del enjuiciamiento acerca de la responsabilidad propia de la entidad, vinculada a la comisión del delito por la persona física, no es otro que el de la determinación acerca de la existencia de las medidas preventivas oportunas tendentes a la evitación de la comisión de ilícitos por parte de quienes la integran, en supuestos como éste en el que la inexistencia de cualquier clase de tales herramientas de control, vigente ya el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, es total, la aplicación a la entidad recurrente del artículo 31 bis como autora de infracción, en relación con el artículo 368 y siguientes del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), resulta del todo acertada.

Otra cosa es, aunque en el Recurso no se aluda expresamente a ella, la de la

incorrecta aplicación de las reglas de determinación de las penas, en concreto la de la disolución de la condenada, extremo sobre el que resulta de gran importancia pronunciarnos puesto que se trata de una empresa que, según se nos dice, daba empleo a más de cien trabajadores que habrían de sufrir los graves perjuicios derivados de semejante castigo cuando, además y como ya se ha dicho, los intereses de la persona jurídica, que son también los de ellos, pudieran no haber sido defendidos con la máxima diligencia por aquel que fue llamado a hacerlo.

En efecto, según el contenido del art. 66 bis CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) a propósito de las reglas de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, cuando de sanciones interdictivas, o privativas de derechos, se trate como en el presente supuesto, éstas habrán de aplicarse, con carácter general y entre otros aspectos, atendiendo a *“Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”* (art. 66 bis 1ª b) CP).

Pero es que además, para la imposición de la pena de disolución, al margen de los casos de *“multirreincidencia”* de la regla 5ª del art. 66 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que no es la que nos ocupa, se requiere *“Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales”*, añadiendo el precepto que *“Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”* (art. 66 bis b) *“in fine”* CP).

De lo que cabe concluir que el hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad.

Motivación de la que carece el criterio de la Audiencia en orden a la procedencia de esta sanción, a la vista del contenido del Fundamento Jurídico Sexto (*“De la individualización de las penas”*), párrafo quince, folio 84 de la recurrida, en el que no se hace alusión alguna a este aspecto.

Por lo que debe procederse a la exclusión de dicha pena de disolución de la persona jurídica, dejando subsistente tan sólo la pena de multa correctamente impuesta en el mínimo legalmente posible, cumpliendo con ello las previsiones del art. 31 ter.1, último inciso, cuando hace referencia a la modulación del importe de la sanción pecuniaria para evitar una respuesta desproporcionada entre la suma total de las multas y la gravedad de los hechos, que no permite por otra parte una reducción de dichas cuantías por debajo del límite mínimo legal. Si bien abierta la posibilidad de un futuro fraccionamiento de pago, de conformidad con lo establecido en el art. 53.5 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), “...cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella (la persona jurídica) o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general”, lo que se inscribirá en la adopción de decisiones propia de la fase de ejecución de la condena.

En otras ocasiones semejantes, no en ésta en la que no se formuló por la acusación pretensión alguna al respecto, se podría considerar también la oportunidad de aplicar la pena de intervención judicial de la persona jurídica que, según el propio art. 33.7 g) CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), tiene como principal finalidad “...salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”.

Mecanismo que, así mismo, viene contemplado en el inciso segundo del apdo. 5 del art. 53 CP para aquellos supuestos en los que se produzca el impago de la multa, en el plazo señalado, por la persona jurídica a ella condenada.

Debiendo, por consiguiente, concluir en la estimación parcial del Recurso, con el posterior dictado de la correspondiente Segunda Sentencia en la que tengan cabida las consecuencias punitivas derivadas de dicha parcial estimación.

F) Recurso De “Geormadrid Machinery S.L.”

UNDÉCIMO

Esta recurrente, también declarada, a semejanza de la anterior, responsable como instrumento para la comisión de un delito contra la salud pública y condenada a las penas de disolución y multa de 775.633.440 euros, incluye en su Recurso tan sólo dos únicos motivos, ambos relativos a la infracción de derechos fundamentales (art. 5.4 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635]) como:

- 1) El derecho de defensa (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), con base en las

mismas razones expuestas en el motivo Octavo del Recurso anterior (motivo Primero).

El motivo en esta ocasión ha de desestimarse con mayor claridad incluso que en el Recurso que precede pues, aún cuando pudieran resultar de aplicación los mismos argumentos ya expuestos en relación con la inicial posibilidad de indefensión que supondría el que la representación en juicio de la persona jurídica la hubiera ostentado una persona física también acusada y posteriormente condenada como autora del delito originario, a lo que se añadiría igualmente, en el caso de GEORMADRID, la irregularidad consistente en la simultánea asunción de la defensa de la persona física y la jurídica por el mismo Abogado, de acuerdo con lo consignado en los Antecedentes de la recurrida, lo cierto es que ahora nos hallamos, efectivamente y según el relato de hechos de la recurrida, ante una persona jurídica estrictamente instrumental o “*pantalla*”, carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada, exclusivamente, para la comisión de hechos delictivos.

Tal circunstancia, que en esta oportunidad sí que nos permite por otra parte y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, mantener la imposición de la pena de disolución de semejante persona jurídica de acuerdo con los preceptos ya citados, esencialmente el 66 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), tiene así mismo su reflejo en el hecho de la absoluta inutilidad de la repetición de las actuaciones para dotarla de una defensa adecuada, máxime si entendiéramos que nuestro Legislador equipara el enjuiciamiento de esta clase de entidades, formalmente dotadas de personalidad jurídica pero sin contenido real más allá que la finalidad de su utilización para la comisión del delito, con aquellas otras con existencia real y, por ende, para las que la disolución sí que supone un castigo con contenido efectivo.

Interpretación del artículo 66 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que, por otra parte, debiera considerarse en el futuro rechazable pues la sociedad meramente instrumental, o “*pantalla*”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 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, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por

la vía del art. 129 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que contemplaba la aplicación de semejante “*consecuencia accesoria*” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.

A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016 (ARP 2016, 1), aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica, cuando en sus págs. 27 y siguientes dice así:

“Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 (PROV 2011, 194326) que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim (LEG 1882, 16) por la Ley 37/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1846), de medidas de agilización procesal.

Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e imputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.
2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una

entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.” Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas “instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.” El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos” (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.”

No obstante, a la vista de los preceptos correspondientes y en concreto de lo dispuesto en el art. 66 bis, acreditado ese carácter exclusivamente ilícito de su actividad y la comisión del delito contra la salud pública por su representante, de acuerdo con lo razonado por la Audiencia, resulta en este caso procedente, por razones de utilidad, mantener la imposición de la pena de disolución, por otra parte de carácter esencialmente formal puesto que, cumplida y agotada la “*misión*” delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución.

2) El derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]) por la falta de prueba de que su representante tuviera conocimiento de la comisión del delito ni de que actuara en nombre de la recurrente.

Una vez más el motivo debe de desestimarse puesto que incide de nuevo en los errores de planteamiento ya reseñados en fundamento de la desestimación de los ordinales Quinto y Sexto del anterior Recurso, confundiendo la base de la responsabilidad penal de la persona física autora del delito de referencia con las exigencias propias de la de la persona jurídica y añadiéndose además en este caso que no existe duda alguna, ante la contundente prueba al respecto, de que aquella persona física autora del delito contra la salud pública que origina la responsabilidad de la recurrente actuaba también, en su participación en la comisión del ilícito, en representación de la misma.

Por lo que motivos, y Recurso en su integridad, han de desestimarse.

G) Recurso De “Investissment Trans Spain Africa”

DUODÉCIMO

Esta persona jurídica, que fue condenada en la instancia a las penas de prohibición de realizar actividades comerciales en España por cinco años y multa de 775.633.440 euros, como instrumento utilizado para la comisión de un delito contra la salud pública, plantea tres motivos, los dos primeros en denuncia de vulneraciones de derechos fundamentales (art. 5.4 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635]), en concreto:

1) del derecho de defensa (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), en los mismos términos de iguales motivos de los Recursos precedentes (motivo Primero).

2) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), también con alegaciones similares a las de los anteriores Recursos (motivo Segundo).

Ambas pretensiones merecen su desestimación conjunta con base en los argumentos ya expuestos en réplica a los motivos de referencia.

DECIMOTERCERO

Finalmente el motivo Tercero, y último, se refiere a la infracción de Ley (art. 849.1º LECr [LEG 1882, 16]) consistente en la indebida aplicación de los arts. 368, 369 bis, 370 y 31 bis CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que sirven de fundamento para la condena de la recurrente.

Una vez más procede la desestimación ya que también en este caso el Recurso incurre en el error, expuesto en su momento, de los restantes formalizados por las personas jurídicas condenadas, al confundir las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica que, en el presente supuesto es condenada a la suspensión de actividades en nuestro país, dada su nacionalidad extranjera que, según el criterio correcto de la Audiencia, impide su disolución por decisión de nuestros Tribunales, y a la multa correspondiente.

De nuevo se declara probado en el “*factum*” de la recurrida que estamos ante una “*sociedad pantalla*”, o meramente instrumental, lo que bastaría para la declaración de su responsabilidad penal, de acuerdo con las previsiones al respecto de nuestro Legislador, y la correcta aplicación de tales penas o, en su caso, con mayor corrección, su tratamiento como “*inimputable*” y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal

de las personas jurídicas, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 (ARP 2016, 1), con la consecuencia por supuesto de su disolución.

No obstante, se plantea en el motivo una cuestión que, si bien no puede impedir el anterior pronunciamiento, ni incluso aceptando la tesis de la recurrente dado el referido carácter instrumental de la misma, sí que merece un comentario.

Se nos dice que está ausente, en esta ocasión uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que no es otro que el de que el delito cometido por la persona física, aquí la infracción contra la salud pública, reporte alguna clase de “*provecho*” (el art. 31 bis en su redacción actual se refiere en este punto a “*beneficio directo o indirecto*”) para la entidad.

Se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates.

Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de “*provecho*” (o “*beneficio*”) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.

Dice a propósito de ello la reiterada Circular de la Fiscalía que

“La sustitución de la expresión “en su provecho” por la de “en su beneficio directo o indirecto”, conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad” (Conclusión 3ª).

De modo que cuando, como en el caso que nos ocupa, las ganancias cuantiosas que obtienen los autores del ilícito contra la salud pública no es que favorezcan la subsistencia de la entidad sino que justificarían su propia existencia si, como se dice, se trata de una mera empresa “*pantalla*” constituida con el designio de servir de instrumento para la comisión del delito como su única finalidad, hay que concluir en que se cumple el referido requisito sin posible réplica.

A mayor abundamiento, incluso en el caso de la igualmente condenada TRANSPINELO S.L., cuya existencia iba más allá de la exclusiva utilización para cometer el delito contra la salud pública de la persona física, advertimos también cómo

el hecho del transporte ilícito de la sustancia oculta en las máquinas redundaba en la reimportación de las mismas, que volverían a integrarse en el patrimonio de la Sociedad y, en consecuencia, a estar a su disposición, lo que, independientemente de que eso finalmente hubiera llegado a producirse, o no, tras su incautación en Venezuela, constituía, sin duda, una expectativa provechosa a favor de la entidad, por lo que puede afirmarse que el ilícito, al margen de otros objetivos, propiciaba un indudable beneficio para dicha persona jurídica.

Pues reiterándonos, una vez más, en el contenido de la Circular 1/2016 (ARP 2016, 1) (pag. 17):

“El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y “en su provecho”. Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo.

La Circular 1/2011 (PROV 2011, 194326) estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse.”

Y más adelante:

“La nueva expresión legal “en beneficio directo o indirecto” mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida “en provecho”, como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a ésta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella.”

De otra forma, una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, con el incumplimiento que ello pudiera suponer respecto de las finalidades preventivas del sistema, en relación con un gran número de figuras delictivas como la presente, en la que en muchas ocasiones podrá resultar difícil imaginar la obtención de una ventaja directa para aquel ente que desarrolla una actividad, especialmente si fuera lícita, como consecuencia de la comisión de un ilícito contra la salud pública.

Lo que obligará a los Tribunales, en cada supuesto concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el del

ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y el cumplimiento último de las penas, pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas, como consecuencia de los actos delictivos cometidos por las personas físicas que la integran, causan a la propia persona jurídica.

Por lo tanto, motivos y Recurso también aquí se desestiman íntegramente.

H) COSTAS

DECIMOCUARTO

Dada la conclusión parcialmente estimatoria de uno de los Recursos interpuestos por los condenados en la instancia, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), la declaración de oficio de las costas procesales causadas por el mismo y la condena por las correspondientes al resto de Recursos que se desestiman.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de TRANSPINELO S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el 17 de Noviembre de 2014, por delito contra la Salud pública, que en este sentido casamos y anulamos en parte, debiéndose dictar a continuación la correspondiente Segunda Sentencia, a la vez que desestimamos el resto de Recursos interpuestos contra dicha Resolución por las Representaciones de los otros condenados, L.M.J., C.L.M., J.L.G.R., J.M.B.L., INVESTISSMENT TRANS SPAIN AFRICA (ITSA) y GEORMADRID MACHINERY S.L.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por el Recurso que parcialmente se estima, imponiendo al resto de recurrentes las correspondientes a los suyos objeto de desestimación.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos,

la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

10011/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín

Fallo: 01/10/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 154/2016

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez, D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Julián Sánchez Melgar, D. José Ramón Soriano Soriano, D. José Manuel Maza Martín, D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral García, D. Andrés Palomo Del Arco, D. Perfecto Andrés Ibáñez, D. Juan Saavedra Ruiz, D. Joaquín Giménez García.

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción número 6 con el número 19/2011 y seguida ante la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, por delitos contra la salud pública, contra **L.M.J.** con DNI número ..., nacido el 28 de febrero de 1966, **C.L.M.** con DNI número ..., nacido el 17 de junio de 1983, **J.L.G.R., alias "P."** con DNI número ..., nacido el 15 de diciembre de 1977, **J.M.B.L.** con DNI número ..., nacido el 11 de abril de 1973, **L.M.J.** con DNI número ..., nacido el 1 de agosto de 1985, **V.I., conocida también como "V."** con NIE número ..., nacida el 3 de

septiembre de 1983, **TRANSPINELO, SL** con CIF número ..., **GEORMADRID MACHINERY** con CIF número ..., y, **ITSA (INVESTISSIMENT TRANS SPAIN AFIRCA) SA** con CIF número ..., en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de noviembre de 2014, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL Maza Martín, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO

Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 81/2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO

Como ya se ha dicho en el apartado 2) del Fundamento Jurídico Décimo de los de la Resolución que precede y con base en los razonamientos que en el mismo se exponen, en cuanto a la condena de la empresa TRANSPINELO S.L. a la pena de disolución que le impuso la Audiencia debe procederse a la exclusión de dicha pena, dejando subsistente tan sólo la de multa correctamente impuesta, si bien con la posibilidad de un futuro fraccionamiento de pago, de conformidad con lo establecido en el art. 53.5 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), lo que se inscribirá en la adopción de decisiones propia de la fase de ejecución de la condena.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos excluir del pronunciamiento condenatorio dictado por la Audiencia en las presentes actuaciones contra la empresa TRANSPINELO S.L. la pena de

disolución que se le imponía, manteniendo la multa cuyo importe, a su vez, podrá ser fraccionado, en fase de ejecución de condena, con la finalidad de preservar los puestos de trabajo de la misma, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de instancia, incluidas las otras condenas, comisos y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

Voto concurrente que formula el Excmo. Sr. D. Cándido Conde- Pumpido Tourón, y al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Luciano Varela Castro, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral García, D. Andrés Palomo del Arco y D. Joaquín Giménez García en la Sentencia del Pleno de esta Sala sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, recaída en el Recurso de Casación Núm. 10.011/2015, interpuesto contra la sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 17 de noviembre de 2014.

Desde el respeto que nos merece la sentencia mayoritaria, y desde nuestra valoración del esfuerzo de clarificación realizado por el ponente, pero atendiendo también a la finalidad nomofiláctica y de unificación doctrinal que se atribuye expresamente a esta resolución, formulamos este voto concurrente para poder expresar en él nuestra respetuosa discrepancia con alguna de las doctrinas que se sostienen en la sentencia, sin afectar al fallo de la resolución, que compartimos. Confiamos, con ello, poder complementar y matizar alguna de las ideas que se expresan en la resolución mayoritaria, y contribuir modestamente al debate que necesariamente va a suscitar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1º

Vulneración del principio de contradicción

Reconocemos la conveniencia de que en una materia tan compleja y novedosa como la responsabilidad penal de las personas jurídicas esta Sala vaya expresando criterios de interpretación orientados a los órganos de instrucción y de enjuiciamiento,

como se señala en el fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria. Pero no creemos necesario resolver todos los problemas a la vez, considerando preferible que nos pronunciemos expresamente en cada caso sobre aquellas cuestiones que de manera efectiva se han planteado y debatido de forma contradictoria en los motivos del recurso interpuesto, para garantizar la debida audiencia de las partes (*“audiatur et altera pars”*).

En este sentido consideramos que el recurso planteado nos ha permitido resolver relevantes cuestiones de índole procesal que se han planteado de forma efectiva en los motivos de casación formulados; motivos que han podido ser razonadamente impugnados por el Ministerio Público. Pero la específica naturaleza del caso (un supuesto en el que las personas jurídicas condenadas han sido utilizadas como instrumento del tráfico internacional de drogas), ha excluido del debate casacional alguna cuestión problemática, como por ejemplo la consideración de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que debe ser probado en cada caso por la acusación. Una cuestión muy relevante desde el punto de vista jurisdiccional, sobre la cual el Ministerio Público no ha podido argumentar expresamente su posición porque, como se reconoce expresamente en la sentencia (fundamento jurídico octavo, apartado b), *“no ha sido materia de debate en este procedimiento”*, y sobre la que, sin embargo, la sentencia se pronuncia de forma expresa y cuestionable.

Es cierto que este pronunciamiento tiene la naturaleza de *“obiter dicta”* pues, como analizaremos más adelante, no constituye la *“ratio decidendi”* del fallo, e incluso puede apreciarse que el propio fallo resulta, a nuestro entender, incongruente con el criterio doctrinal previamente expresado en la fundamentación de la sentencia sobre esta cuestión específica. Pero esta ausencia de contradicción en la tramitación y ausencia de unanimidad en la respuesta, dota lamentablemente a la resolución en esta materia de un tinte de provisionalidad, que habrá que ir matizando, o confirmando, en función de los supuestos específicos que en adelante vayan siendo sometidos a nuestra consideración.

No hay que olvidar que el Ministerio Público se ha pronunciado de forma expresa sobre esta cuestión en la Circular 1/2011 (PROV 2011, 194326), referida a la LO 5/2010, de 22 de junio (RCL 2010, 1658), y en la reciente Circular 1/2016 (ARP 2016, 1), publicada tras la aprobación de la reforma operada en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 1/2015, de 30 de marzo (RCL 2015, 439, 868).

En estas Circulares de la Fiscalía General del Estado se mantiene, entre otras materias, una posición diferente de la sostenida en la sentencia sobre la calificación de la ausencia de una cultura de control en la empresa como elemento del tipo objetivo que deba ser probado necesariamente caso a caso por la acusación, en relación con la eventual concurrencia de la eximente prevenida en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis CP 2015. Criterio autorizado y razonado que, a nuestro entender, hubiese sido procedente escuchar, en su aplicación al caso concreto y en relación con las consecuencias prácticas de asumir uno u otro modelo probatorio, con anterioridad a adoptar una decisión sobre el tema. Para lo cual habría sido preferible, en nuestra opinión, esperar a un recurso en el que esta cuestión hubiese sido expresamente planteada y debatida.

2º

La ausencia de una cultura de control como elemento del tipo objetivo

Sin abundar ahora en planteamientos doctrinales, y desde una perspectiva exclusivamente jurisdiccional, no cuestionamos que el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno, como el fundamento último de la sanción penal del homicidio se encuentra en el respeto a la vida. Pero no compartimos que esta ausencia se pueda calificar, en la específica regulación vigente, como “*el núcleo de la tipicidad*” o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015 (RCL 2015, 439, 868), según se considera en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la eximente prevenida en el párrafo segundo del citado precepto.

Los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art 31 bis CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), y estos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada. No pretendemos, con esta afirmación, otorgar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas una naturaleza objetiva. La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art 31 bis 1º CP), porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). Pero esta culpabilidad la infiere

el Legislador, en el apartado a) del art. 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la “*culpa in eligendo*” y la “*culpa in vigilando*”, o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa “*in constituendo*” y la culpa “*in instruendo*”. **Sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo** que exija a la acusación acreditar en cada supuesto enjuiciado un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho en el seno de la persona jurídica afectada, “*como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran*”, que es lo que, con cierta confusión, constituye el elemento típico que exige acreditar en cada caso la sentencia mayoritaria (fundamento jurídico octavo).

3º

La exención de responsabilidad penal y su prueba: ¿procede configurar un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas?

La reforma operada por la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868), introduce en los párrafos segundo y cuarto del art 31 bis unas circunstancias específicas de exención de la responsabilidad penal, para los supuestos en que la persona jurídica disponga de determinados instrumentos eficaces para la prevención de delitos en su seno.

Estas exenciones son coherentes con el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que nos hemos referido, excluyendo su culpabilidad, en el sentido “figurado” al que también hemos hecho referencia. Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el Legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso.

Ahora bien no apreciamos razón alguna que justifique alterar las reglas probatorias aplicables con carácter general para la estimación de circunstancias eximentes, imponiendo que en todo caso corresponda a la acusación la acreditación del

hecho negativo de su no concurrencia. No se exige en un homicidio que el Ministerio Fiscal acredite sucesivamente que no concurre legítima defensa, ni estado de necesidad, ni miedo insuperable, salvo que alguna de estas circunstancias se haya alegado expresamente y conste una base razonable para su apreciación.

Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (STS 1068/2012, de 13 de noviembre [RJ 2013, 1639], entre otras muchas).

Sin perjuicio de todas las matizaciones que puedan hacerse a esta doctrina general, y que estimamos que no corresponde ahora desarrollar, consideramos que no procede constituir a las personas jurídicas en un modelo privilegiado de excepción en materia probatoria, imponiendo a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos. Y, en todo caso, sobre la base de lo alegado y aportado por la empresa, deberá practicarse la prueba necesaria para constatar la concurrencia, o no, de los elementos integradores de las circunstancias de exención de responsabilidad prevenidas en los párrafos segundo o cuarto del art 31 bis, en el bien entendido de que si no se acredita la existencia de estos sistemas de control la consecuencia será la subsistencia de la responsabilidad penal.

Prueba de que el propio Legislador sigue este criterio probatorio de carácter general es que en el párrafo segundo del número 2º del art 31 bis se establece expresamente que cuando las circunstancias que dan lugar a la exención *“solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”*.

Por ello nos causa preocupación, en la medida en que puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad, la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia,

que puede constatarse, por ejemplo, en diversos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria, que establecen la doctrina de que **no se puede dispensar a la acusación de su obligación de acreditar la “inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito”** en el seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos.

Criterio que puede ocasionar consecuencias imprevisibles, como cabe apreciar en el propio caso enjuiciado, según analizaremos en el apartado siguiente.

4º

Incongruencia de la resolución

La resolución mayoritaria establece de modo reiterado que en los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas corresponde a la acusación acreditar el “*núcleo de la tipicidad*” consistente en

“la ausencia de una cultura de respeto al derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica” (fundamento jurídico octavo).

O bien se establece que la concurrencia de la eximente está relacionada

“con el tipo objetivo, lo que sería quizás lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el **núcleo típico** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (fundamento jurídico octavo, párrafo siguiente).

O, en su caso, el

“núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica, que como venimos diciendo no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos más concretados legalmente en forma de las denominadas compliances o “modelos de cumplimiento” (fundamento jurídico octavo, tres párrafos después).

O bien

“el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito, es esencial para concluir la condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, **no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión** (fundamento jurídico octavo, más adelante).

Como hemos señalado, y sin desconocer la relevancia de los mecanismos de prevención a los que el Legislador ha atribuido expresamente la función de exención o,

en su caso, atenuación de la responsabilidad penal, estimamos que incorporar al núcleo del tipo un elemento tan evanescente como la “*ausencia de una cultura de respeto al derecho*” **no cumple con el principio de certeza, ínsito en el de tipicidad, que exige que los supuestos a los que la ley atribuya una responsabilidad penal aparezcan descritos en el texto legal con la mayor precisión posible, en todos los elementos que los definen.** Criterio que, a nuestro entender, no respeta este presupuesto metalegal incorporado en la sentencia mayoritaria al art 31 bis 1º CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), por su carácter abierto e indeterminado.

Ahora bien, si considerásemos efectivamente que este elemento constituye el núcleo de la tipicidad y que debe ser acreditado en cada caso por la acusación para que pueda prosperar su pretensión de condena, es indudable que este presupuesto debería haberse declarado expresamente probado en el relato fáctico de la sentencia de instancia, para que pudiésemos confirmar la condena de las personas jurídicas recurrentes. Es claro que el relato fáctico debe contener todos los elementos objetivos que determinan legalmente la responsabilidad penal para proceder a la subsunción del hecho declarado probado en la norma penal legalmente procedente.

Pues bien, analizando minuciosamente el relato fáctico, no cabe apreciar en momento alguno que se declare probado que las empresas condenadas careciesen de “*una cultura de respeto al derecho*”, o más simplemente que “*careciesen de los instrumentos adecuados y eficaces para la prevención del delito*”, dato fáctico que, en aplicación rigurosa de la doctrina establecida en la sentencia mayoritaria, debería haberse acreditado por la acusación y figurar en los hechos probados, como núcleo de la tipicidad.

En realidad “*la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente*”, referida en concreto, y en exclusiva, a la empresa Traspinelo SL, es un dato fáctico que se incorpora en la fundamentación jurídica de nuestra sentencia casacional (fundamento jurídico octavo, apartado b), y que carece de sustento alguno en los hechos probados. Constituye una doctrina consolidada de esta Sala que la fundamentación jurídica no puede complementar el relato fáctico en perjuicio del reo, por lo que si realmente se considerase imprescindible que la acusación acreditase este núcleo típico, y que efectivamente constase acreditado en el relato fáctico para fundamentar la condena, no se habría podido desestimar el recurso y mantener la condena impuesta en la instancia.

En definitiva, la doctrina a la que estamos haciendo referencia, muy respetable, constituye en realidad un “*obiter dicta*” de la sentencia mayoritaria, que se pronuncia sobre una materia que no ha sido objeto de debate durante el procedimiento, y que no se utiliza como “*ratio decidendi*” del fallo confirmatorio de la condena impuesta a las personas jurídicas recurrentes. En el caso de que se hubiese exigido de modo efectivo en el caso actual la prueba por la acusación de la ausencia de una cultura de control y de elementos específicos de prevención en las empresas enjuiciadas, como elemento autónomo del tipo objetivo que tendría que constar en los hechos probados, la resolución determinada por el relato fáctico habría tenido que ser absolutoria.

5º

Conclusión

A) Los elementos que configuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que deben ser acreditados por la acusación son los que de manera expresa se relacionan por el Legislador en el art 31 bis 1º CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), apartados a) y b).

B) La conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis.

C) La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes.

Manteniendo nuestra conformidad en el resto de los pronunciamientos de la sentencia mayoritaria, y también con el contenido del fallo, expresamos y suscribimos este voto concurrente.

Cándido Conde-Pumpido Tourón Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco
Joaquín Giménez García

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

* * * * *

Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago

Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

~Delito de tráfico de influencias del art. 429 CP: características.**Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 411/2015, de 1-07¹~****I. RESUMEN DEL FALLO**

Sala: Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo Penal

Ponente: Soriano Soriano, José Ramón.

Nº de Sentencia: 411/2015

Nº de Recurso: 1967/2014

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto con la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón que, a su vez, desestimó el recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria del Tribunal de Jurado de Zaragoza.

II. DISPOSICIONES APLICADAS

Art. 429 CP

III. ANTECEDENTES DE HECHO

En el caso concreto enjuiciado, dada la extensión del factum, se resume en las gestiones que hizo un particular, Carmelo A. en favor de empresarios de la construcción, ante un concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, Antonio B., con la finalidad de influir en él para que éste, a su vez, influyera en los funcionarios encargados de la adjudicación de obras públicas a favor de los empresarios patrocinados por dicho particular, aunque finalmente ninguna de ellas fueran adjudicadas a estos.

IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia, se expresa básicamente en su FJ 3.º, que indica lo siguiente:

«Con sede en el art. 849.1.º LECrim (LA LEY 1/1882). en el motivo tercero (epígrafe 2.º del segundo y desarrollo argumental adicional) considera indebidamente aplicado el art. 429 CP (LA LEY 3996/1995), resultando infringido tanto por la sentencia de primera instancia (jurado) como posteriormente por el TSJ, en el recurso de apelación.

1. Los argumentos esenciales que justificarían esta protesta se refieren a los requisitos exigibles para la configuración del tipo delictivo:

a) El delito no se integra solo por intentar influir, a diferencia del art. 464.1 del Código, referido a influencias sobre testigos, denunciantes o peritos para que modifiquen su actuación procesal, sino que es indispensable que se produzca una influencia eficiente o efectiva. En el caso que nos ocupa

¹ Artículo publicado en el Diario La Ley, 8661, 9 de diciembre de 2015, bajo el título “Delito de tráfico de influencias del art. 429 CP: características”.

el recurrente sostiene que falta esa presión efectiva. También apunta que la influencia estaba dirigida exclusivamente a la subsanación de deficiencias, que incluso hubieran podido producirse de oficio.

b) La presión eficiente debe ejecutarse con el propósito de provocar una resolución que pueda generar un beneficio económico propio o ajeno. El impugnante sostiene que toda la información estaba a disposición del público, nadie ha realizado ninguna disposición de carácter económico o de otro tipo (regalos, dádivas, precio, etc.) El beneficio económico a su juicio es inexistente, y constituyendo tal circunstancia un elemento esencial de delito, debemos concluir que el delito no se ha cometido. Sin beneficio económico no concurre el segundo elemento del mismo.

c) En el fundamento jurídico noveno de la sentencia de jurado se dice con claridad que no hay beneficio económico y por ello se elimina la multa. Resulta —según el recurrente— un tanto incongruente que se elimine la multa y no ocurra lo mismo eliminando la prisión. Sostiene inexplicablemente que cuando la pena de prisión es igual o superior a los 6 meses, siempre conlleva multa (sic)".

d) La acción del sujeto activo ha de estar dirigida a obtener una resolución ejerciendo presión o fuerza moral sobre el que tiene que dictarla.

2. De toda la argumentación del motivo deben excluirse las alegaciones referidas al no acreditamiento de los hechos que se declaran probados, y ello por dos razones. En primer término porque la naturaleza del motivo obliga al más escrupuloso respecto a los hechos probados, de los que se debe partir (art. 884.3 LECrim (LA LEY 1/1882).), y en segundo lugar porque no se ha articulado ante el Tribunal Superior ningún motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978)). Así pues, los hechos probados se hallan justificados por prueba de cargo suficiente y correctamente valorada por el Tribunal sentenciador. Como bien apunta el Fiscal el acusado incurrió en el delito del art. 429 CP (LA LEY 3996/1995), como se deduce del relato probatorio, desarrollado en el fundamento de derecho noveno, en el que se hace constar que el tipo del art. 429 CP (LA LEY 3996/1995) castiga la actuación del particular que presiona o condiciona la conducta del funcionario o autoridad (presión moral), que prevaliéndose de una relación personal con ese funcionario u otro, a través del cual se llega al que debe dictar la resolución (influencia en cadena), se pretende obtener una decisión que pudiera generar para sí o para un tercero, directa o indirectamente, un beneficio económico. No se trata de obtener una corrección de errores deslizados en la solicitud presentada por el acusado, sino de otras actuaciones a las que se refiere la sentencia. La influencia se ha de producir prevaliéndose el sujeto de una relación personal (normalmente amistad o parentesco) y equivale a "sugestión", "inclinación", "invitación" o "instigación" que una persona lleva a cabo a través de otra. A diferencia del cohecho no es necesario que se ofrezca dádiva o promesa alguna. Tampoco se precisa que la influencia sea objetiva y absolutamente determinante o decisiva, bastando que por sí o acompañada de otros estímulos, haya contribuido de forma esencial a que el funcionario, se halle en disposición de dar satisfacción al sujeto que influye o a un tercero.

3. Resulta determinante para perfilar el tipo objetivo del injusto rechazar la afirmación del recurrente, según la cual sin beneficio económico no hay delito, es decir, no es correcto condicionar al logro del beneficio económico, el nacimiento de la infracción punible básica.

Tampoco se exige que se dicte la resolución, ya que nos hallamos ante un tipo de mera actividad, de resultado cortado y de tendencia en cuanto la conducta del acusado ha de estar dirigida a provocar una resolución (se dicte o no), y a obtener un beneficio, económico propio o ajeno (se consiga o no). La necesidad de dictar la resolución y obtener el beneficio, merced a la influencia se exige para integrar el subtipo agravado o cualificado a que se refiere el último inciso del art. 429 CP (LA LEY 3996/1995) Así pues, cuando el beneficio se ha obtenido (y lógicamente se ha dictado la resolución) el marco punitivo se modifica agravándose. De ahí que el tipo delictivo hable del beneficio perseguido u obtenido al objeto de fijar el montante de la multa. En nuestro caso ni se dictó la resolución pretendida, ni se obtuvo el beneficio, por lo que nos hallamos ante el tipo básico. En tal modalidad básica el delito se consuma con el ejercicio de la influencia prevaliéndose el culpable de una relación personal, haciendo llegar al sujeto influido esa presión o instigación susceptible de condicionar una decisión. En cualquier caso el funcionario o autoridad influidos o presionados, podrán vencer o no ese condicionamiento, pero con tal influencia ya se ataca al bien jurídico, al colocar a la autoridad o funcionario en una situación condicionada y

restrictiva de su libertad de decidir conforme a la ley. Consiguientemente cuando la influencia llega al influenciado y muestra su predisposición a satisfacer al autor de la misma (aunque en última instancia decida no hacerlo) sería suficiente para estimar consumado el delito básico, que insistimos, ni precisa resolución favorable ni obtención de beneficio.

4. Los jurados pronunciaron el veredicto de culpabilidad porque tenían base probatoria para entender que los hechos eran plenamente subsumibles en el art. 429 CP (LA LEY 3996/1995).

Así, la combatida en el fundamento jurídico undécimo establece que "el jurado en su veredicto considera probado que D. Carmelo y D. Antonio eran amigos desde hace muchos años (pregunta 1, por unanimidad), que D. Carmelo llamó a D. Félix, ingeniero del área de infraestructuras y se presentó como amigo de Antonio, pretendiendo que esta circunstancia influyera en su criterio a la hora de informar sobre la oferta relacionada con las obras sobre las que había concursado Arascón (pregunta 33, por unanimidad), que las informaciones o intermediación de D. Carmelo tenían como fin influir en D. Antonio para que, a su vez, éste influyera en los funcionarios que estudiaban y decidían la adjudicación de las distintas obras a las que podían optar y optaban las empresas representadas por D. Ignacio, D. Vicente y D. Juan Carlos (pregunta 35, por unanimidad)".

Los hechos probados —como podemos observar— vienen a concretar que las actividades desplegadas por el acusado "tenían por fin influir en Antonio Becerril para que, a su vez, éste influyera en los funcionarios que estudiaban y decidían la adjudicación de las distintas obras a las que podían optar y optaban las empresas representadas por Ignacio Gambón, Vicente Rodrigo y Juan Carlos Esteban", en cuyo beneficio mediaba el acusado.

La sentencia deja sentado que concurre la relación personal entre D. Carmelo y D. Antonio de la que se vale el primero para ejercer la presión moral con capacidad de influir y con miras a obtener un beneficio o ventaja económica para sí o para un tercero, que en nuestro caso consistía en la concesión de una obra pública sujeta a contratación por la Administración municipal.

5. Respecto a la pena impuesta, tampoco tal cuestión fue formulada expresamente en el recurso articulado ante el TSJ., lo que bastaría para desestimar la pretensión. Sin embargo, el hecho de que acumulativamente se establezca en el texto punitivo una pena de prisión y otra de multa, no debe impedir la imposición de la primera —que no ofrece ningún obstáculo jurídico, por el hecho de dejar de imponerse la segunda (multa) consecuencia de no haberse acreditado el beneficio pretendido, pues dentro del tipo básico y agravado se produce una distinción esencial, en el sentido de que no es necesario la obtención del beneficio buscado por el sujeto agente en la modalidad básica. De todos modos, falta igualmente un dictamen pericial, que pudiera establecer con aproximación el beneficio pretendido. Ante tal indeterminación el Fiscal, única parte acusadora, no interesó en las conclusiones definitivas la imposición de multa. Ello haría que en virtud del principio acusatorio no pudiera imponerse tal pena. En cualquier caso el delito se cometió en su modalidad básica consumada y la pena privativa de libertad era procedente y se impuso por el Tribunal.

Por todo lo expuesto el motivo ha de rechazarse.»

V. COMENTARIO FINAL

Se agradece la sentencia indicada, que perfila correctamente el delito de tráfico de influencias, después de una línea jurisprudencial que lo había hecho inoperativo como instrumento legislativo de política criminal contra la corrupción política. Véase como exponente de esta línea, la criticable STS, Sala 2.ª, 300/2012, de 3 mayo (LA LEY 58016/2012) (Conde-Pumpido Tourón).

Quizás, la experiencia del ponente como instructor en el caso de un conocido aforado en la que entendió junto con la Fiscalía que se daba este delito, aunque finalmente fuera extrañamente desautorizado por la Sala de apelación (auto de 18 de

julio de 2013 en causa especial 3/20734/2011 (Martínez Arrieta) seguida contra el ex ministro José Blanco Pérez), ha determinado una caracterización del delito más ajustada a su realidad jurídica y pone —se podría decir— las cosas en su sitio.

En primer lugar, destacando desde la reforma penal de este delito en 1995 su naturaleza de delito de mera actividad y no de resultado, ya que en 1991 se configuró como un delito de resultado, y recordando que el tipo básico no requiere ni el dictado de resolución alguna ni obtención de beneficio. En segundo lugar, señalando que la influencia equivale a «sugestión», «inclinación», «invitación» o «instigación» que una persona lleva a cabo a través de otra. Incluso puede no ser aceptada por el funcionario para que se consuma el delito porque basta realizarla aunque no tenga los efectos deseados por el influyente.

Resulta llamativo cómo esta sentencia no se detiene como algunas de las dictadas por la Sala 2.^a [v.gr.300/2012, de 3 de mayo (LA LEY 58016/2012), ya citada o 657/2013, de 15 de julio (LA LEY 110080/2013) (Granados)] tanto en destacar lo que no es el delito, a través de exclusiones de la tipicidad basadas en el obsoleto criterio dogmático de la adecuación social defendido en su día por Welzel o en los actos de trámite —desconociendo la doctrina administrativa de los actos cualificados y de los actos impeditivos de la resolución— como en destacar lo que es el delito. Es decir, opta por una interpretación positiva del delito frente a otras sentencias que se entretienen más en una interpretación negativa, preocupadas más por definir erróneamente conductas que consideran atípicas que por definir las típicas.

Es bueno que se haya quebrado la línea jurisprudencial anterior, la cual era un serio obstáculo para la lucha penal contra la corrupción política, tan necesaria por desgracia en nuestro país.

Para mayor ilustración sobre este delito, véase mi libro «El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica)», editorial La Ley, 2014, donde se recogen todas las sentencias dictadas por la Sala 2.^a sobre el delito al tiempo de la publicación de la obra, desde la STS, Sala 2.^a, 1312/1994, de 24 de junio (LA LEY 14002/1994) (Ruiz Vadillo) a la 657/2013, de 15 julio (LA LEY 110080/2013) (Granados) y un práctico índice sistemático de las mismas, que facilita su consulta y cita.

* * * * *

Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago

Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

**~Caso Parquesol. Suministro de información privilegiada:
interpretación del tipo delictivo del art. 285.1 CP. Comentario de la
Sentencia del Tribunal Supremo 491/2015, de 23-07¹~****I. RESUMEN DEL FALLO**

Sala: Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo Penal

Ponente: Palomo del Arco, Andrés.

Nº de Sentencia: 491/2015

Nº de Recurso: 252/2015

La sentencia desestima los recursos interpuestos confirmando las condenas impuestas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en sentencia de 23 diciembre 2014.

II. DISPOSICIONES APLICADAS

Art. 285.1 CP

III. ANTECEDENTES DE HECHO

En el caso concreto enjuiciado, J.L.Z.D. es condenado: a) como autor de un delito del art. 285.1 CP (LA LEY 3996/1995), por suministrar información relevante reservada sobre una próxima OPA del Grupo San José sobre las acciones de la mercantil Parquesol (conocimiento adquirido en su actividad profesional de director de Eurohypho AG, sucursal del grupo alemán Commerze Bank, al ser entrevistado sobre la viabilidad de financiar la compra), a F. G. (con quien mantenía una buena relación de amistad e intereses económicos) y a su cuñado J. T., quienes a través de diversas sociedades adquirieron antes de hacerse pública la OPA acciones de Parquesol obteniendo G. una plusvalía de 2.240.714,88 euros y T. de 29.945,50 euros; y b) como autor de un delito de blanqueo del art. 301 CP (LA LEY 3996/1995) por actuar de común acuerdo con F. G., en la apertura de cuentas numeradas en la entidad bancaria Andorra Bank Agrícola Reig con reintegro de saldo de cuenta donde ingresaron los beneficios obtenidos con esta negociación, a nombre de diversas entidades panameñas

¹ Artículo publicado en el Diario La Ley, 8661, 9 de diciembre de 2015, bajo el título “Caso Parquesol. Suministro de información privilegiada: interpretación del tipo delictivo del art. 285.1 CP”.

de las que bien G. o ambos, eran apoderados y ulterior apertura de nueva cuenta numerada por Z., también a nombre de entidad panameña con saldo de una de las anteriores. También resultan condenados F.G. y J.T.

IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia, se expresa en cuando a la condición objetiva de punibilidad en el FJ 3.º, que señala lo siguiente:

«(...) La defensa de la consideración de condición objetiva de punibilidad, cuenta con diversos argumentos:

— Histórico.—En el Proyecto de Código Penal de 1992, en su art. 305, se castigaba "a quien de forma directa o por persona interpuesta usare de una información privilegiada relativa a cualquier clase de valores o instrumentos negociados en cualquier mercado organizado, oficial o reconocido, y obtuviere, como consecuencia de su negociación, un resultado o provecho..."; mientras que ya en el Proyecto de 1994, en su art. 281, se castigaba a quien usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores... obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico...; a la par que en el debate parlamentario se propuso que la cuantía del beneficio se utilizara para articular una agravante específica al tiempo que se defendía que al límite cuantitativo debía servir para distinguir la infracción penal de la administrativa, texto que se aprueba en la redacción de 1995 y si vienen el actualidad su redacción proviene de la reforma operada por LO 15/2003 (LA LEY 1767/2003), se mantiene la forma verbal no personal, sin explicitar conexión casual con el resultado, al sancionar a: (...)

— Gramatical.—Pues la locución más adecuada para entender la cuantía como resultado, sería la inicial de "usare para obtener" y no el gerundio «obteniendo», forma no personal carente de definición respecto al tiempo, modo, número y sujeto; aunque denota una cierta perdurabilidad.

— Teleológica, en función del bien jurídico protegido.—En el delito de abuso de información privilegiada no se incriminan fraudes patrimoniales sobre patrimonios individuales ajenos ni se protege se protege de forma directa e indirecta el patrimonio del inversor; a diferencia de lo que ocurre en los clásicos delitos contra la propiedad, no es posible en el delito de abuso de información privilegiada establecer una relación causal entre la conducta del insider o iniciado y un correlativo perjuicio patrimonial sufrido por el sujeto pasivo, pues la operación del insider no es la causa de la decisión del inversor para la compra o venta de títulos-valores; el inversor, ya estaba dispuesto a realizar esa compra o esa venta a ese concreto precio.

Por tanto, el bien jurídico tutelado, no resulta afectado de manera frontal por una concreto beneficio o perjuicio obtenido, sino por el quebranto de la igualdad de oportunidades de los inversores respecto al acceso a la información que evite que nos sujetos obtengan indebidamente una posición de ventaja cognoscitiva por la posesión de información relevante reservada; transparencia informativa que posibilita además la confianza de los inversores en el funcionamiento del mercado. En igual sentido, la STJCE de 23 de diciembre de 2009, en el asunto Spector (C-45/2008 (LA LEY 237337/2009)), recuerda que la finalidad de la Directiva que tutela el sector, es la de garantizar la integridad de los mercados financieros y aumentar la confianza de los inversores, que se basa, entre otras cosas, en la garantía de que estarán en igualdad de condiciones y de que estarán protegidos contra el uso ilícito de información privilegiada.

— Dogmática.—a) Porque en la cotización bursátil, influyen de manera directa e indirecta una multiplicidad de factores, de imposible previsibilidad en su ponderación global, además del componente aleatorio en alguno de ellos, de modo que difícilmente podrán ser abarcados por el dolo. Siempre habrá un componente futuro e incierto, además de inviable cuantificación, que no depende de la conducta del iniciado ni la hace más reprochable. Los factores conocidos se reflejan en los precios de mercado eficientes, pero es doctrina asumida y empíricamente acreditada en las recientes crisis, que las principales fuentes de la inestabilidad del mercado, son factores desconocidos.

b) Pero especialmente, en el tipo concurrente en autos de «suministrar» la información relevante para la cotización de un determinado valor a un tercero, donde la producción del concreto resultado depende de la ulterior actuación del receptor de la información que será quien mantenga el dominio del hecho, pues es quien decide utilizar dicha información y en qué cuantía; de modo que si responde del delito el iniciado que se limita a la provisión al tercero de la información que no debía transmitir, es meramente por asumir, al menos eventualmente que éste iba a utilizarla y que su utilización sería objetivamente idónea para la obtención del beneficio (o en su caso la causación del perjuicio); pero la efectiva utilización y causación de dicho beneficio (o en su caso de un perjuicio) superior a seiscientos mil euros sobre la que carece de todo dominio, solamente podrá integrar una condición objetiva de punibilidad.»

En cuanto a otros elementos del tipo, como sujeto activo, información relevante, cálculo del beneficio y dolo, el FJ 4.º dice:

«Sujeto activo: El art. 285.1 CP (LA LEY 3996/1995) alude a quien *haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial*.

En cuya consecuencia, aunque se trate de un delito especial, la cualificación exigida en el sujeto activo, resta cumplimentada, por quien obtiene la información directamente por una actividad empresarial o profesional. Dentro del ámbito de la actividad empresarial incluye todo sujeto que habitual u ocasionalmente, por actividad o función en una determinada empresa, tiene acceso a "información relevante", por tanto, restan incluidos administradores y directivos de la entidad emisora, cargos directivos, intermediarios, miembros del Consejo de Dirección, determinados accionistas, entre otros. En el ámbito profesional se incluyen tanto aquellas personas que dedican de modo exclusivo o preferente su actividad profesional a este tipo de mercados (agentes de cambio y bolsa, operadores financieros...), como las que ocasionalmente acceden a la misma con ocasión de su profesión (abogados, economistas, asesores, auditores, contables, notarios, corredores de comercio...).

3. Información relevante.—(...)

En todo caso el concepto de «información relevante para la cotización» es un elemento normativo del tipo que habrá de ser valorado de acuerdo a la Ley del Mercado de Valores y la normativa comunitaria; si bien, al recurrente le parece excesivamente genérica la definición del art. 82 LMV, toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario, e invoca como más preciso el que facilita el Reglamento (UE) núm. 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (MAR) en su art. 7.1.a): (...)

En autos, la información obtenida: los términos básicos de la OPA sobre Parquesol, integra sobradamente el concepto de información reservada, concreta sobre la cotización de las acciones de Parquesol, que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre la misma y con potencial relevancia para provocar la obtención de un beneficio como el de autos, por lo que cumplimenta cualquier definición del elemento normativo cuestionado, tanto la más amplia de nuestra LMV, como la reciente MAR o cualquiera MAD intermedia.

4. Cálculo del beneficio.—(...) En el tipo que contemplamos la interpretación que aboga, aunque no sea pacífica, de entender por beneficio la ganancia neta, tiene su justificación en que la conducta sancionada es la negociación con ventaja cognoscitiva, donde sin existir ventaja, la acción sería lícita.

(...) en cuanto el momento consumativo, el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción, sería el momento de la obtención del beneficio; se trata de la STS núm. 1136/2010 (LA LEY 213886/2010), de 20 de diciembre (...)

Ese será el momento final de cómputo, pero el momento inicial no puede hacerse derivar de la cotización previa al momento de hacerse pública la noticia relevante, pues si bien es cierto que la revalorización a partir de esa cifra otorga estrictamente la cuantía proporcionada por la ventaja que propicia la información, dada generalmente por la prima de control, no podemos obviar que el adelanto en la compra asegura la adquisición antes de completar la OPA y que la propia compra masiva de acciones por su parte interacciona al alza las acciones; es decir, a partir de la adquisición con la ventaja cognoscitiva se inicia la ejecución del delito a la vez que se evita el

riesgo de no llegar tiempo a la OPA en las condiciones deseadas, pero además, la compra de acciones en un número significativo (pues exige un ulterior beneficio de seiscientos mil euros) influye en el alza de la cotización, de modo que la ganancia proporcionada desde esa fecha debe ser computada.

5. *Dolo requerido*.—Afirma el recurrente, que tanto la modalidad de uso como la de suministro, el dolo debe abarcar todos los demás elementos objetivos del tipo, incluido el resultado de causación de 600.000 euros de perjuicio o de beneficio.

El motivo debe ser desestimado por motivos ya esgrimidos con anterioridad. Por una parte, en el mercado de valores, las circunstancias que influyen en la cotización son de inviable cognoscibilidad universal, excesiva complejidad, tienen un fuerte componente aleatorio, inciden con frecuencia hechos futuros de nula previsibilidad y la fijación cuantitativa de un beneficio resulta de inviable predeterminación matemática; pero especialmente, por cuanto dicha cuantía, al menos en esta concreta modalidad típica de suministro, integra una condición objetiva de punibilidad, que por tanto no precisa ser abarcada por el dolo del autor, tal como hemos desarrollado en el fundamento tercero.»

V. COMENTARIO FINAL

Llama la atención los escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre algunos delitos «de cuello blanco» o «the White collar Criminality» (SUTHERLAND, 1939), como el delito del art. 285 CP (LA LEY 3996/1995), de uso de información privilegiada, que habiéndose introducido en nuestro ordenamiento penal por LO 10/1995, de 23 noviembre (LA LEY 3996/1995), dentro de la sección 3.ª sobre los delitos relativos al mercado y a los consumidores del capítulo XI, Título XIII, Libro II CP, modificado por LO 15/2003, de 25 noviembre (LA LEY 1767/2003), sólo haya tenido acceso a la Sala 2.ª TS, hasta esta sentencia comentada, en un solo caso el de Tabacalera, que acabó sin condena por mor del instituto de la prescripción (STS, Sala 2.ª, 1136/2010, de 21 diciembre (LA LEY 213886/2010); con anterioridad, del mismo caso, el Auto de 10 diciembre 2004 resolvía una cuestión de competencia y la STS, Sala 2.ª, 517/2007, de 8 junio (LA LEY 42156/2007), ordenaba continuar las actuaciones al no apreciar prescripción, que sí fue apreciada en la STS, Sala 2.ª, 1136/2010, ya citada)

Al Tribunal Constitucional, sólo ha llegado el caso resuelto por la documentada STC 2/2015, de 19 de enero (LA LEY 5514/2015) (Narváez), que desestima el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia condenatoria de la sección séptima de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 27 de mayo de 2013, en la que se analiza el concepto de información privilegiada reservada, en calidad de elementos normativos del tipo y no fácticos, y el cálculo del beneficio.

La sentencia de la Sala 2.ª TS ahora comentada es importante porque, al margen de opiniones doctrinales muy valiosas (*v.gr. véase FARALDO CABANA*, entre otros), lo bien cierto es que no existía jurisprudencia sobre este delito. En esta sentencia, que ha

sido extractada drásticamente por mor de la brevedad expositiva, pero que se recomienda consultar en toda su extensión, se abordan temas trascendentales en este delito, que afectan a elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo penal, cuales son la condición objetiva de punibilidad, la caracterización del sujeto activo, el dolo, el cálculo del beneficio, los *dies a quo* y *ad quem* del delito para la prescripción así como su relación con el delito de blanqueo de capitales.

En definitiva, estamos ante una de esas sentencias que se agradecen por su claridad expositiva, análisis exhaustivo de las cuestiones tratadas con cita de normativa comunitaria, alusiones a jurisprudencia europea y acierto en las soluciones adoptadas.

* * * * *

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

1. Unión Europea

Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio¹

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 82, apartado 2, letra b),

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Previa transmisión del proyecto de acto legislativo a los Parlamentos nacionales,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo,

DO C 226 de 16.7.2014, p. 63.

Previa consulta al Comité de las Regiones,

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario,

Posición del Parlamento Europeo de 20 de enero de 2016 (no publicada aún en el Diario Oficial) y decisión del Consejo de 12 de febrero de 2016.

Considerando lo siguiente:

(1) Los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «la Carta»), el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, «el Pacto») y el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagran la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo.

(2) La Unión se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Según las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, y en particular su punto 33, un mejor reconocimiento mutuo de las sentencias y otras resoluciones judiciales y la

¹ En vigor desde el 28 de marzo de 2016.

necesaria aproximación de las legislaciones facilitarían la cooperación entre autoridades competentes y la protección judicial de los derechos individuales. El principio de reconocimiento mutuo debe convertirse, por lo tanto, en la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión.

(3) Con arreglo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la cooperación judicial en materia penal en la Unión debe basarse en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y otras resoluciones judiciales.

(4) La aplicación de dicho principio parte de la premisa de que los Estados miembros confían en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros. El alcance del principio de reconocimiento mutuo depende de una serie de parámetros entre los que se incluyen mecanismos de protección de los derechos de las personas sospechosas o acusadas y la definición de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación de dicho principio.

(5) Aunque los Estados miembros son parte del CEDH y del Pacto, la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esta circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas de justicia penal de los demás Estados miembros.

(6) El 30 de noviembre de 2009, el Consejo adoptó una Resolución relativa al plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos y acusados en los procesos penales (en lo sucesivo, «el plan de trabajo»). Desde una perspectiva gradual, el plan de trabajo insta a adoptar medidas que promuevan los siguientes derechos: traducción e interpretación (medida A); información sobre los derechos y los cargos (medida B); asesoramiento jurídico y justicia gratuita (medida C); comunicación con familiares, empleadores y autoridades consulares (medida D); y salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables (medida E).

DO C 295 de 4.12.2009, p. 1.

(7) El 11 de diciembre de 2009, el Consejo Europeo acogió favorablemente el plan de trabajo y lo incorporó al Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (punto 2.4). El Consejo Europeo destacó que el plan de trabajo no era exhaustivo y pidió a la Comisión que examinara nuevos aspectos de los derechos procesales mínimos de los sospechosos y acusados, y que estudiara la necesidad de abordar otras cuestiones, por ejemplo la presunción de inocencia, a fin de fomentar una mejor cooperación en ese ámbito.

DO C 115 de 4.5.2010, p. 1.

(8) Sobre la base del plan de trabajo se han adoptado hasta la fecha tres medidas sobre los derechos procesales en el proceso penal, a saber, las Directivas 2010/64/UE³, 2012/13/UE y 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO L 280 de 26.10.2010, p. 1).

Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142 de 1.6.2012, p. 1).

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, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DO L 294 de 6.11.2013, p. 1).

(9) La finalidad de la presente Directiva consiste en reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciendo unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio.

(10) Mediante el establecimiento de normas mínimas comunes sobre la protección de los derechos procesales de los sospechosos y acusados, la presente Directiva tiene la finalidad de reforzar la confianza de los Estados miembros en los sistemas de justicia penal de cada uno de ellos y contribuir de este modo a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. Dichas normas mínimas comunes pueden suprimir también los obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos en el territorio de los Estados miembros.

(11) La presente Directiva únicamente debe aplicarse al proceso penal tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «el Tribunal de Justicia»), sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva no debe aplicarse ni a los procedimientos civiles ni a los administrativos, en particular a aquellos procedimientos administrativos que puedan dar lugar a sanciones, como los procedimientos en materia de competencia, comercio, servicios financieros, infracciones de tráfico, tributos o recargos tributarios, ni a las investigaciones que las autoridades administrativas efectúen en relación con tales procedimientos.

(12) La presente Directiva debe aplicarse a las personas físicas sospechosas o acusadas en un proceso penal. Debe aplicarse desde el momento en que una persona sea sospechosa o esté acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, y, por lo tanto, incluso antes de que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía, su condición de sospechosa o acusada. La presente Directiva debe aplicarse en cualquier fase del proceso penal hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si el sospechoso o acusado ha cometido la infracción penal. El ámbito de aplicación de la presente Directiva no debe incluir las acciones ni los recursos judiciales que solo puedan ejercitarse o interponerse una vez que la resolución de que se trate sea firme, incluidos los recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(13) La presente Directiva reconoce diferentes necesidades y grados de protección

con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanarían de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas.

(14) En el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas. Por consiguiente, la presente Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia.

(15) La presunción de inocencia de las personas jurídicas debe ampararse en las garantías legales y jurisprudencia existentes, cuya evolución determinará la necesidad de una intervención de la Unión.

(16) Se vulneraría la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades públicas, o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley. Dichas declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable. Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el escrito de acusación, y sin perjuicio de las resoluciones judiciales como resultado de las cuales adquiere eficacia una condena suspendida, siempre y cuando se respete el derecho de defensa. Se entiende, asimismo, sin perjuicio de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en sospechas o pruebas de cargo, como las resoluciones relativas a la prisión preventiva, siempre y cuando no se refieran al sospechoso o acusado como culpable. Antes de adoptar una resolución preliminar de carácter procesal, la autoridad competente debe comprobar previamente que existen suficientes pruebas de cargo contra el sospechoso o acusado que justifiquen la resolución de que se trate, y la resolución podría contener una referencia a dichas pruebas.

(17) Por «declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas» debe entenderse cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos, bien que sin perjuicio del Derecho nacional en materia de inmunidad.

(18) La obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación

penal, como por ejemplo cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal, o con el interés público, como por ejemplo cuando, por razones de seguridad, se facilita información a los habitantes de una zona afectada por una presunta infracción penal contra el medio ambiente, o cuando el ministerio fiscal u otra autoridad competente facilita información objetiva sobre el estado de la causa penal con el fin de evitar alteraciones del orden público. El recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses. En cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.

(19) Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que, cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas no se refieran a los sospechosos o acusados como culpables mientras no se haya probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas. A tal fin, los Estados miembros deben informar a las autoridades públicas de la importancia de tener debidamente en cuenta la presunción de inocencia cuando faciliten o divulguen información a los medios de comunicación. Ello se entiende sin perjuicio del Derecho nacional en materia de protección de la libertad de prensa y otros medios de comunicación.

(20) Las autoridades competentes deben abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas. La posibilidad de aplicar medios de coerción física no implica que las autoridades competentes deban adoptar una decisión formal sobre el uso de tales medios.

(21) Cuando resulte viable, las autoridades competentes tampoco deben presentar a los sospechosos o acusados ante los órganos jurisdiccionales o el público vistiendo indumentaria de prisión, para evitar dar la impresión de que esas personas son culpables.

(22) La carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se traslada de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en

cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Dichas presunciones deben ser *iuris tantum* y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

(23) En algunos Estados miembros no solo la acusación, sino también los jueces y tribunales competentes, se encargan de buscar pruebas tanto inculpatorias como exculpatorias. Aquellos Estados miembros que no cuenten con un procedimiento contradictorio deben poder mantener su sistema actual, siempre que se respete la presente Directiva y otras disposiciones aplicables del Derecho de la Unión e internacional.

(24) El derecho a guardar silencio es un aspecto importante de la presunción de inocencia y debe servir como protección frente a la autoinculpación.

(25) El derecho a no declarar contra sí mismo es también un aspecto importante de la presunción de inocencia. No se debe forzar a los sospechosos y acusados, cuando se les solicite que declaren o que respondan a preguntas, a que aporten pruebas o documentos o a que faciliten información que pueda resultar autoinculpatoria.

(26) El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo deben aplicarse a los aspectos relacionados con la infracción penal de cuya comisión es sospechosa o acusada una persona y no, por ejemplo, a las cuestiones relacionadas con su identificación.

(27) El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo implican que las autoridades competentes no deben obligar a los sospechosos o acusados a facilitar información si estos no desean hacerlo. A fin de determinar si se ha vulnerado el derecho a guardar silencio o el derecho a no declarar contra sí mismo, debe tenerse en cuenta la interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a un juicio justo en virtud del CEDH.

(28) El ejercicio del derecho a guardar silencio o del derecho a no declarar contra sí mismo no debe utilizarse en contra de un sospechoso o acusado y no debe considerarse por sí mismo como prueba de que el interesado haya cometido la infracción penal en cuestión. Ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa.

(29) El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no debe impedir a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente del sospechoso o acusado mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos, y que tengan una existencia independiente de la voluntad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el material obtenido con arreglo a una orden judicial, el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis del ADN.

(30) El derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo no debe limitar la facultad de los Estados miembros de disponer que, para infracciones

leves como las de tráfico de menor gravedad, la tramitación del procedimiento, o de ciertas etapas de este, pueda tener lugar por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

(31) Los Estados miembros deben examinar la posibilidad de que, cuando los sospechosos o acusados reciben información sobre sus derechos con arreglo al artículo 3 de la Directiva 2012/13/UE, se les proporcione igualmente información relativa al derecho a no declarar contra sí mismo, según se establezca en el Derecho nacional de conformidad con la presente Directiva.

(32) Los Estados miembros deben considerar la posibilidad de garantizar que, cuando los sospechosos o acusados reciben una declaración de derechos de acuerdo con el artículo 4 de la Directiva 2012/13/UE, dicha declaración contenga también información relativa al derecho a no declarar contra sí mismo, según se establezca en el Derecho nacional de conformidad con la presente Directiva.

(33) El derecho a un juicio justo es uno de los principios básicos de una sociedad democrática. El derecho de los sospechosos y acusados a estar presentes en el juicio se basa en ese derecho y debe garantizarse en toda la Unión.

(34) Si, por razones ajenas a su voluntad, los sospechosos o acusados no pueden estar presentes en el juicio, deben tener la posibilidad de solicitar una nueva fecha para el juicio dentro del plazo previsto por el Derecho nacional.

(35) El derecho de los sospechosos y acusados a estar presentes en el juicio no es absoluto. En determinadas circunstancias, los sospechosos y acusados han de poder renunciar a ese derecho, de manera expresa o tácita, pero siempre inequívoca.

(36) En determinadas circunstancias, debe poder pronunciarse una resolución de condena o absolución de un sospechoso o acusado, aun cuando la persona interesada no se encuentre presente en el juicio. Este puede ser el caso si el sospechoso o acusado no comparece personalmente, pese a haber sido informado oportunamente del juicio y de las consecuencias de su incomparecencia. El hecho de que se haya informado del juicio al sospechoso o acusado se debe entender como una citación a comparecer personalmente o, de otro modo, como una comunicación de información oficial a esa persona acerca de la fecha y el lugar de celebración del juicio de tal manera que se le permita tener conocimiento del juicio. El hecho de que se informe al sospechoso o acusado de las consecuencias de la incomparecencia se debe entender, en particular, en el sentido de que dicha persona ha sido informada de que puede pronunciarse una resolución sin que haya comparecido en el juicio.

(37) También debe poder celebrarse un juicio que pueda dar lugar a una resolución de condena o absolución de un sospechoso o acusado en su ausencia, cuando este haya sido informado del juicio y haya encomendado a un letrado, designado o bien por el sospechoso o acusado o bien por el Estado, su defensa en el juicio, y dicho letrado haya defendido en el juicio los intereses del sospechoso o acusado.

(38) A los efectos de considerar si el modo en que se notifica la información es

suficiente para garantizar que la persona tenga conocimiento del juicio, también debe prestarse especial atención, en su caso, a la diligencia de las autoridades públicas en informar a la persona interesada, por una parte, y a la diligencia de la persona interesada en recibir la información que se le remite, por otra.

(39) Si los Estados miembros tienen establecida la posibilidad de celebrar juicio en ausencia del sospechoso o acusado, pero no se cumplen las condiciones para adoptar una resolución en ausencia de un determinado sospechoso o acusado, porque este no ha podido ser localizado pese a haberse invertido en ello esfuerzos razonables, por ejemplo porque la persona ha huido o se ha fugado, debe ser posible no obstante adoptar tal resolución en ausencia del sospechoso o acusado y que se ejecute dicha resolución. En tal caso, los Estados miembros deben garantizar que, cuando los sospechosos o acusados sean informados de la resolución, en particular cuando se les detenga, se les informe además de la posibilidad de impugnarla y del derecho a un nuevo juicio o a interponer otro tipo de recurso. Dicha información debe facilitarse por escrito. También puede facilitarse oralmente, a condición de que quede registrado con arreglo al procedimiento previsto en el Derecho nacional el hecho de haberse proporcionado la información.

(40) Hay que permitir que las autoridades competentes de los Estados miembros excluyan temporalmente del juicio a un sospechoso o acusado, cuando sea con el fin de asegurar el curso adecuado del proceso penal. Así ocurriría, por ejemplo, si el sospechoso o acusado perturbase la vista y tuviese que ser desalojado de la sala por orden del juez, o si la presencia de un sospechoso o acusado impidiese la audiencia adecuada de un testigo.

(41) El derecho a estar presente en el juicio puede ejercerse solamente si se celebran una o más vistas. Ello significa que el derecho a estar presente en el juicio no se puede aplicar cuando las normas nacionales de procedimiento aplicables no prevean la celebración de ninguna vista. Dichas normas nacionales deben ser conformes con la Carta y el CEDH, de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular con respecto al derecho a un juicio justo. Este es el caso, por ejemplo, cuando el procedimiento se tramita de forma simplificada, total o parcialmente después de un procedimiento escrito o un procedimiento que no prevea la celebración de ninguna vista.

(42) Los Estados miembros deben garantizar que, en la aplicación de la presente Directiva, en especial con respecto al derecho a estar presente en el juicio y el derecho a un nuevo juicio, se toman en consideración las necesidades específicas de las personas vulnerables. Con arreglo a la Recomendación, de 27 de noviembre de 2013, de la Comisión, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales¹, debe entenderse como acusados o sospechosos vulnerables, todos los acusados o sospechosos que no puedan comprender o participar eficazmente en un proceso penal debido a su edad, su condición mental o física, o a cualquier discapacidad que puedan tener.

DO C 378 de 24.12.2013, p. 8.

(43) Los menores son vulnerables y deben recibir un grado específico de protección. Por lo tanto, deben establecerse garantías procesales específicas por lo que se refiere a algunos de los derechos establecidos en la presente Directiva.

(44) El principio de eficacia del Derecho de la Unión exige que los Estados miembros implanten vías de recurso adecuadas y eficaces en caso de vulneración de algún derecho otorgado a las personas físicas por el Derecho de la Unión. Toda vía de recurso eficaz, de la que se pueda disponer en caso de vulneración de alguno de los derechos establecidos en la presente Directiva, debe surtir, en la medida de lo posible, el efecto de colocar a los sospechosos o acusados en la misma situación en que se hubiesen encontrado de no haberse producido tal vulneración, con miras a proteger el derecho a un juicio justo y el derecho de defensa.

(45) Al valorar las declaraciones de los sospechosos o acusados o las pruebas obtenidas vulnerando el derecho a guardar silencio o el derecho a no declarar contra sí mismo, los jueces y tribunales deben respetar el derecho de defensa y la equidad del proceso. En este contexto, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme a la cual la admisión de declaraciones obtenidas como resultado de tortura u otros malos tratos infringiendo el artículo 3 del CEDH, como prueba para determinar los hechos pertinentes en un proceso penal privaría automáticamente de equidad a todo el proceso. A tenor de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cualquier declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura no puede ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

(46) Con el fin de supervisar y evaluar la eficacia de la presente Directiva, es preciso que los Estados miembros envíen a la Comisión los datos disponibles sobre la aplicación de los derechos que en ella se establecen. Esos datos pueden incluir la información registrada por las autoridades policiales y judiciales en relación con los recursos interpuestos por vulneración de cualquiera de los aspectos de la presunción de inocencia regulados en la presente Directiva o del derecho a estar presente en el juicio.

(47) La presente Directiva promueve los derechos y principios fundamentales reconocidos por la Carta y el CEDH, incluidos la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, el derecho a la libertad y a la seguridad, el respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la integridad de la persona, los derechos del menor, la integración de las personas discapacitadas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Debe tenerse especialmente en cuenta el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), según el cual la Unión reconoce los derechos, libertades y principios definidos en la Carta, y en virtud del cual los derechos fundamentales, garantizados por el CEDH y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, deben constituir principios generales del Derecho de la Unión.

(48) Dado que la presente Directiva fija normas mínimas, los Estados miembros deben poder ampliar los derechos en ella establecidos para proporcionar un mayor grado

de protección. El grado de protección que establezcan los Estados miembros nunca debe ser inferior al previsto en la Carta o en el CEDH, según la interpretación del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(49) Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, fijar un conjunto de normas mínimas comunes acerca de determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio en el proceso penal, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros sino que, debido a su dimensión y efectos, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

(50) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n.º 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, estos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva, y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación.

(51) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n.º 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva y no queda vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

CAPÍTULO 1. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. Objeto

La presente Directiva establece normas mínimas comunes relativas a:

- a) determinados aspectos de la presunción de inocencia en el proceso penal;
- b) el derecho a estar presente en el juicio en el proceso penal.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

La presente Directiva se aplica a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales. Es aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión.

CAPÍTULO 2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Artículo 3. Presunción de inocencia

Los Estados miembros garantizarán que se presume la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley.

Artículo 4. Referencias públicas a la culpabilidad

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable. Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo.

2. Los Estados miembros velarán por que se disponga de medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 1 del presente artículo, de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables, de conformidad con la presente Directiva, en particular con su artículo 10.

3. La obligación establecida en el apartado 1 de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público.

Artículo 5. Presentación de los sospechosos y acusados

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física.

2. El apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar los medios de coerción física que sean necesarios por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas.

Artículo 6. Carga de la prueba

1. Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

2. Los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto.

Artículo 7. Derecho a guardar silencio y derecho a no declarar contra sí mismo

1. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a guardar silencio en relación con la infracción penal de que sean sospechosos o se les acuse.

2. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a no declarar contra sí mismos.

3. El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados.

4. Los Estados miembros podrán permitir a sus autoridades judiciales que, al dictar sentencia, tomen en consideración un comportamiento cooperador por parte de los sospechosos y acusados.

5. El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no limitará la facultad de los Estados miembros de decidir que, para infracciones leves, la tramitación del procedimiento, o de ciertas fases de este, pueda desarrollarse por escrito o sin interrogatorio del sospechoso o acusado por parte de las autoridades competentes en relación con la infracción penal de que se trate, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

CAPÍTULO 3. DERECHO A ESTAR PRESENTE EN EL JUICIO

Artículo 8. Derecho a estar presente en el juicio

1. Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos y acusados tengan derecho a estar presentes en el juicio.

2. Los Estados miembros pueden disponer que, aun en ausencia del sospechoso o acusado, pueda celebrarse un juicio que pueda dar lugar a una resolución de condena o absolución del sospechoso o acusado, siempre que:

a) el sospechoso o acusado haya sido oportunamente informado del juicio y de las consecuencias de la incomparecencia, o

b) el sospechoso o acusado, tras haber sido informado del juicio, esté formalmente defendido por un letrado designado o bien por el sospechoso o acusado o bien por el Estado.

3. Cualquier resolución adoptada de conformidad con el apartado 2 podrá ejecutarse contra el sospechoso o acusado en cuestión.

4. Si los Estados miembros establecen la posibilidad de celebrar juicio en ausencia del sospechoso o acusado, pero no es posible cumplir las condiciones establecidas en el apartado 2 del presente artículo, porque el sospechoso o acusado no ha podido ser localizado pese a haberse invertido en ello esfuerzos razonables, los Estados miembros podrán prever que, no obstante, se pueda adoptar y ejecutar una resolución. En tal caso, los Estados miembros garantizarán que, cuando los sospechosos o acusados sean informados de la resolución, en particular cuando se les detenga, se les informe además

de la posibilidad de impugnarla y del derecho a un nuevo juicio o a interponer otro tipo de recurso con arreglo al artículo 9.

5. El presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas nacionales que dispongan que el juez o el tribunal competente puede excluir temporalmente del juicio a un sospechoso o acusado cuando sea necesario para asegurar el curso adecuado del proceso penal, siempre que se respete el derecho de defensa.

6. El presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas nacionales con arreglo a las cuales el procedimiento, o ciertas fases del mismo, se desarrolla por escrito, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.

Artículo 9. Derecho a un nuevo juicio

Los Estados miembros velarán por que, cuando los sospechosos o acusados no estén presentes en el juicio y no se cumplan las condiciones fijadas en el artículo 8, apartado 2, estos tengan derecho a un nuevo juicio, u otras vías de recurso, que permita una nueva apreciación del fondo del asunto, incluido el examen de nuevas pruebas, y pueda desembocar en la revocación de la resolución original. En este sentido, los Estados miembros garantizarán que dichos sospechosos o acusados tengan derecho a estar presentes, a participar efectivamente, de conformidad con los procedimientos previstos en el Derecho nacional, y a ejercer su derecho de defensa.

CAPÍTULO 4. DISPOSICIONES GENERALES Y FINALES

Artículo 10. Vías de recurso

1. Los Estados miembros velarán por que, en caso de vulneración de los derechos establecidos en la presente Directiva, los sospechosos y acusados dispongan de vías efectivas de recurso.

2. Sin perjuicio de las disposiciones y sistemas nacionales en materia de admisibilidad de la prueba, los Estados miembros garantizarán que se respeten el derecho de defensa y las garantías de un juicio justo a la hora de valorar las declaraciones que haga un sospechoso o acusado, o las pruebas que se obtengan vulnerando su derecho a guardar silencio o a no declarar contra sí mismos.

Artículo 11. Recopilación de datos

Los Estados miembros comunicarán a la Comisión, a más tardar el 1 de abril de 2020 y, posteriormente, cada tres años, los datos disponibles que muestren cómo se han aplicado los derechos establecidos en la presente Directiva.

Artículo 12. Informe

La Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 1 de abril de 2021, un informe sobre la aplicación de la presente Directiva.

Artículo 13. No regresión

Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de limitar o derogar los derechos o las garantías procesales que estén reconocidos al

amparo de la Carta, del CEDH y de otras disposiciones pertinentes del Derecho internacional o del Derecho de cualquier Estado miembro que garantice un nivel de protección más elevado.

Artículo 14. Transposición

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 1 de abril de 2018. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 15. Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Artículo 16. Destinatarios

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros de conformidad con los Tratados.

2. España

Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito².

I

La aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, mediante la que se transpone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, requiere el desarrollo de algunas de las previsiones recogidas en el citado Estatuto, en aras a garantizar la efectividad de los

² Publicado en el BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2015. En vigor desde el 1 de enero de 2016. Incluye la corrección de errores publicada en el BOE núm. 14, de 16 de enero de 2016.

derechos que en él se recogen, así como una regulación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

II

El presente real decreto desarrolla en primer lugar las previsiones del Estatuto de la víctima del delito para garantizar el reconocimiento y la protección por los poderes públicos de los derechos que las víctimas tienen reconocidos, con un alcance general. No se pretende, ni resulta oportuno, un desarrollo reglamentario de todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Estatuto de la víctima del delito, ya que la gran mayoría se encuentran bien definidos y pueden ejercitarse sin necesidad de mayor regulación. Tan sólo se contienen algunas precisiones para garantizar la mejor aplicación de alguno de los derechos reconocidos a las víctimas.

A tal fin, se insta a las Administraciones Públicas a aprobar y fomentar el desarrollo de protocolos de actuación y de procedimientos de coordinación y colaboración, en los que también tendrán participación las asociaciones y colectivos de protección de las víctimas.

Se establece que la decisión policial de no facilitar interpretación o traducción de las actuaciones a la víctima será siempre motivada, debiendo quedar debida constancia de la misma y de su motivación en el atestado.

En relación con el derecho de información, se garantizará el cumplimiento de lo previsto en el artículo 5 del Estatuto de la víctima del delito mediante la posibilidad de elaborar documentos que faciliten la información necesaria a las víctimas, sin perjuicio de acomodar esa información a las circunstancias y condiciones personales de la víctima, así como a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos.

Se reitera que el acceso por parte de las víctimas a los servicios de asistencia y apoyo facilitados por las Administraciones Públicas y por las Oficinas de Asistencia a las Víctimas será siempre gratuito y confidencial. Y se establece la posibilidad de que las Administraciones Públicas y las Oficinas de Asistencia a las Víctimas hagan extensivo el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo a los familiares, aunque no tengan la consideración de víctimas, cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad.

También se recoge el derecho a un período de reflexión en caso de catástrofe o sucesos con víctimas múltiples. Todo protocolo que contenga normas de coordinación para la asistencia a las víctimas incluirá una previsión para hacer efectivo este periodo de reflexión.

Finalmente, se regula un procedimiento para hacer efectiva la obligación de reintegrar aquellas ayudas, subvenciones o gastos que haya realizado la Administración a favor de personas que han resultado condenadas por denuncia falsa o simulación de delito, para evitar el enriquecimiento de quienes se hayan aprovechado injustamente del sistema asistencial de protección a las víctimas.

III

Se crea el Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas, con carácter de órgano consultivo con amplia representación. Este Consejo Asesor tendrá distintas funciones para velar por el respeto de los derechos de las víctimas y el buen funcionamiento del sistema de asistencia. Con el asesoramiento de este Consejo, el Ministerio de Justicia podrá llevar a cabo la evaluación periódica del sistema de asistencia a las víctimas, y proponer, a través del Consejo de Ministros, las medidas y reformas que sean necesarias para la mejor protección de las víctimas.

IV

Como es sabido, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, reguló en su artículo 16 las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, cuya actuación, hasta el momento, venía desarrollada a través de un mero Manual. Por ello, resulta esencial para la organización y funcionamiento de éstas el desarrollo reglamentario de sus actuaciones. En este real decreto se regula la actuación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, en atención a los derechos recogidos en la normativa europea y en el Estatuto de la víctima del delito.

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas se constituyen como unidades dependientes del Ministerio de Justicia o, en su caso, de las comunidades autónomas con competencias asumidas sobre la materia, que analizan las necesidades asistenciales y de protección de las víctimas, y que estarán integradas por personal al servicio de la Administración de Justicia, psicólogos o cualquier técnico que se considere necesario para la prestación del servicio. Con ello se fija un marco asistencial mínimo para la prestación de un servicio público en condiciones de igualdad en todo el Estado, y para la garantía y protección de los derechos de las víctimas, sin perjuicio de las especialidades organizativas de las Oficinas según la normativa estatal o autonómica que les resulte de aplicación.

V

Entre los derechos por cuya efectividad han de velar las Oficinas de Asistencia a las Víctimas están los siguientes:

El derecho a entender y a ser entendida. La víctima tiene derecho, desde su primer contacto con la Oficina de Asistencia a las Víctimas, haya o no presentado denuncia, a contar con la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender ante ella.

El derecho a la información de las víctimas. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, en atención a lo dispuesto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, prestan un servicio de información que resulta esencial para las víctimas. La información se prestará a las víctimas, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, sin retrasos innecesarios, de forma adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, de forma detallada y será actualizada a lo largo de todo el proceso.

El derecho a la protección de las víctimas. El Estatuto de la víctima del delito señala que las Oficinas de Asistencia a las Víctimas realizarán una valoración individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, teniendo en cuenta las características personales, en especial de aquellas víctimas más vulnerables como son los menores o las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, y la naturaleza y las circunstancias del delito. Y todo ello con la finalidad de determinar qué medidas de asistencia y protección deben ser prestadas a la víctima.

Toda víctima, directa o indirecta, tendrá derecho a acceder de forma gratuita y confidencial a los servicios de asistencia y apoyo prestados por las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y por el resto de Administraciones Públicas. Un derecho que podrá extenderse a sus familiares cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad.

VI

La asistencia de las Oficinas es una función que consiste en la acogida inicial de la víctima, su orientación e información y la propuesta de medidas concretas de protección, teniendo en cuenta las necesidades de apoyo específicas de cada víctima, según aconseje su evaluación individual y en especial, las situaciones en las que se pueden encontrar ciertas categorías de víctimas, como son los menores o las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral.

La asistencia de las Oficinas se presta por personal especializado, sometido a formación continua y actualizada, que trabaja de forma interdisciplinar y coordinada. La Oficina reflejará los resultados de su evaluación, así como la valoración del caso en un informe, adoptando la decisión sobre las intervenciones extraprocesales a realizar.

Las Oficinas podrán elaborar planes de asistencia individualizados para el adecuado seguimiento de las víctimas. Y cuando se trate de víctimas vulnerables, deberán realizar planes de apoyo psicológico. Estos planes podrán ser supervisados por el Ministerio de Justicia o por las comunidades autónomas que hayan asumido competencias, con el fin de mejorar el sistema de asistencia y asegurar una atención individualizada en función de las circunstancias de cada víctima.

Las funciones de asistencia y protección de las víctimas hacen precisa la plena coordinación de las Oficinas con otros órganos o entidades que también ostenten funciones de protección y asistencia a las víctimas, para lo que se prevé la creación de toda una red de coordinación y la posibilidad de realizar convenios de colaboración y protocolos.

VII

Entre las funciones de las Oficinas se recogen también aquellas relativas a las medidas de justicia restaurativa, como parte de la necesaria asistencia a las víctimas. Cada víctima se enfrenta al delito de forma diferente, en función de sus circunstancias. La víctima puede necesitar liberar la emoción negativa para recuperar su equilibrio y

éste puede alcanzarse gracias al reconocimiento de los hechos esenciales por el infractor o por la aclaración de lo sucedido.

Las Oficinas informarán a la víctima sobre la posibilidad de aplicar medidas de justicia restaurativa, propondrán al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima, y realizarán actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

VIII

La Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional prevista en el artículo 51 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, es objeto de desarrollo reglamentario para potenciar sus funciones, y asegurar la necesaria coordinación entre todas las Instituciones implicadas en la asistencia y protección de las víctimas de delitos de terrorismo.

IX

Conforme a la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos, en el supuesto de acceso a la indemnización en casos transfronterizos, cada Estado Miembro designará una autoridad de asistencia. En España esta autoridad corresponde a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 199/2006, de 17 de febrero, que atribuye a las oficinas determinados deberes de información, ayuda y asesoramiento para los delitos dolosos y violentos cometidos en otro Estado miembro.

Este real decreto ha sido informado por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, y se ha remitido a las comunidades autónomas afectadas.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, con la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de diciembre de 2015,

DISPONGO:

TÍTULO I

Derechos de las víctimas

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. Este real decreto desarrolla el Estatuto de la víctima del delito de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y regula las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

2. Las disposiciones de este real decreto serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17 del Estatuto de la víctima del delito y en el artículo 24 de este real decreto, a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad, o de si disfrutaban o no de residencia legal.

Artículo 2. Derechos de las víctimas.

1. Los derechos reconocidos a las víctimas del delito se ejercerán de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto y en el presente real decreto, así como por lo dispuesto en la legislación especial y las normas que resulten de aplicación.

2. Todos los poderes públicos velarán por el reconocimiento y la protección de los derechos que las víctimas tienen reconocidos.

Artículo 3. Desarrollo de protocolos de actuación y colaboración.

Para la efectividad de los derechos contemplados en el Estatuto de la víctima del delito, y en el presente real decreto, las Administraciones Públicas implicadas aprobarán y fomentarán el desarrollo de protocolos de actuación y de procedimientos de coordinación y colaboración, en los que también tendrán participación las asociaciones y colectivos de protección de las víctimas.

Artículo 4. Período de reflexión en caso de catástrofe o sucesos con víctimas múltiples.

1. En caso de catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos que hubieran producido un elevado número de víctimas y que puedan constituir delito, los Abogados y Procuradores no podrán dirigirse a las víctimas directas o indirectas de estos sucesos para ofrecerles sus servicios profesionales hasta transcurridos al menos 45 días desde el hecho.

Esta prohibición quedará sin efecto en el caso de que la prestación de estos servicios profesionales haya sido solicitada expresamente por la víctima.

2. Todo protocolo que contenga normas de coordinación para la asistencia a las víctimas incluirá una previsión para hacer efectivo este periodo de reflexión.

Artículo 5. Obligación de reembolso.

1. Si fuera condenada por denuncia falsa o simulación de delito, la persona que se hubiera beneficiado de subvenciones o ayudas percibidas por su condición de víctima y que hubiera sido objeto de alguna de las medidas de protección reguladas en el Estatuto de la víctima del delito o en el presente real decreto, vendrá obligada a reintegrar las cantidades recibidas en dicho concepto; y al abono de los gastos causados a la Administración por sus actuaciones de reconocimiento, protección y apoyo, así como por los servicios prestados, siempre que dichos gastos pudieran cuantificarse y estuvieran justificados.

2. El órgano concedente de la subvención o ayuda y la Administración que haya soportado el gasto serán los competentes para exigir del beneficiario el reintegro de las subvenciones o ayudas, y el abono de los gastos causados, mediante la resolución del procedimiento regulado en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones, con las especialidades previstas en este real decreto.

3. Cuando la persona condenada haya recibido subvenciones o ayudas en su condición de víctima y haya sido objeto de alguna de las medidas de protección reguladas en el Estatuto de la víctima del delito o en el presente real decreto, o haya generado gastos a la Administración por actuaciones de reconocimiento, información, protección y apoyo, así como por servicios prestados en su condición de víctima, el Ministerio de Justicia remitirá, si no fuera competente para exigir el reembolso, el testimonio de la sentencia condenatoria al órgano concedente o a la Administración que haya soportado el gasto, a fin de que éstos puedan iniciar el procedimiento de reintegro.

4. El interés de demora aplicable será el interés legal del dinero incrementado en un 50 por ciento, que se devengará desde que fuera concedida la subvención o ayuda, o desde que se hubiera producido el gasto.

5. Prescribirá a los cuatro años el derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro o el abono de los gastos causados, que se computará desde que adquirió firmeza la sentencia condenatoria por denuncia falsa o simulación de delito. El cómputo del plazo de prescripción se interrumpirá por las causas previstas en la Ley General de Subvenciones.

6. La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y su Reglamento, serán de aplicación supletoria a lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 6. Derecho a la traducción e interpretación.

La decisión policial de no facilitar interpretación o traducción de las actuaciones policiales a la víctima, a la que hace referencia el artículo 9.4 del Estatuto de la víctima del delito, será excepcional y motivada, debiendo quedar debida constancia de la misma y de su motivación en el atestado. El atestado policial deberá recoger la disconformidad que la persona afectada por la decisión denegatoria hubiere podido formular.

Artículo 7. Derecho a la información.

1. Sin perjuicio del deber de adaptar la información a la que hace referencia el artículo 5.1 del Estatuto de la víctima del delito, a las circunstancias y condiciones personales de la víctima, así como a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, las autoridades y funcionarios que entren en contacto con las víctimas deberán facilitarles información escrita o documentos comprensivos de los extremos señalados en el artículo 5.1 del Estatuto de la víctima del delito, cuando la víctima lo precise.

2. Los documentos a los que se refiere el apartado anterior podrán incluir con la debida separación, un modelo de solicitud para ser notificado de las resoluciones a las que refiere el artículo 7 del Estatuto de la víctima del delito, o para dejar sin efecto, en su caso, la mencionada solicitud.

3. Cuando la víctima solicite que se le notifiquen las resoluciones a las que se refiere el artículo 7.1 del Estatuto de la víctima del delito, también podrá interesar que estas resoluciones se comuniquen, además, a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas

o, en su caso, a la Oficina de Asistencia a las Víctimas de Terrorismo de la Audiencia Nacional.

4. Cuando se trate de víctimas de delitos de violencia de género, les serán notificadas las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo, y las que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima, sin necesidad de que la víctima lo solicite, salvo en aquellos casos en los que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones.

Artículo 8. Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.

1. El acceso por parte de las víctimas a los servicios de asistencia y apoyo facilitados por las Administraciones Públicas y por las Oficinas de Asistencia a las Víctimas será siempre gratuito y confidencial. Estos servicios deberán garantizarse antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal.

2. Cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad, atendiendo a las necesidades y daños sufridos como consecuencia de la infracción penal cometida contra la víctima, las Administraciones Públicas y las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán hacer extensivo a los familiares de las víctimas el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo. A tal efecto, se entenderá por familiares las personas unidas a la víctima en matrimonio o relación análoga de afectividad, y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

3. Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III del Estatuto de la víctima del delito.

4. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán los servicios de asistencia y apoyo en los términos señalados en el Estatuto de la víctima del delito y en el presente real decreto.

Artículo 9. Procedimiento de evaluación.

1. La evaluación de las necesidades de la víctima a la que hace referencia el artículo 23 del Estatuto de la víctima del delito, se realizará en el caso de los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones y en el caso de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito y en el presente real decreto.

2. La evaluación que hayan de realizar los órganos jurisdiccionales competentes para la investigación o el enjuiciamiento, o el Ministerio Fiscal en su caso, se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TÍTULO II

El Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas

Artículo 10. El Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas.

1. Adscrito a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia existirá un Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas, con carácter de órgano consultivo.

2. El Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas estará integrado por los siguientes miembros:

a) Un presidente, cargo que recaerá sobre quien ostente la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y que podrá ser sustituido por la persona titular de la Subdirección General de Organización y Coordinación Territorial de la Administración de Justicia.

b) Con base en el convenio de colaboración celebrado al efecto, tres representantes de las comunidades autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia en régimen de rotación anual, que representarán al resto y que ejercerán, también rotatoriamente, la Vicepresidencia.

c) Un representante designado por el Ministro del Interior, con rango de subdirector general o asimilado.

d) Un representante designado por el Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con rango de subdirector general o asimilado.

e) Dos representantes designados por el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, con base en el convenio de colaboración celebrado al efecto.

f) Un representante del Consejo General de Colegios de Psicólogos, designado por éste.

g) Dos representantes de las Asociaciones más representativas en la asistencia a las víctimas.

Actuará como secretario, con voz pero sin voto, un funcionario de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.

3. Las funciones de este Consejo son:

a) Asesorar sobre el funcionamiento de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

b) Examinar los datos estadísticos.

c) Apoyar los estudios técnicos sobre las actuaciones de las oficinas y sobre la red de coordinación.

d) Comparar los distintos planes de apoyo psicológicos aplicados en las Oficinas, con el fin de proponer mejoras en la asistencia.

e) Promover la elaboración de Protocolos de actuación, y su actualización con respecto a las normativas nacionales e internacionales

f) Asesorar al Ministerio de Justicia para la elaboración del informe anual de evaluación periódica del sistema de atención a las víctimas del delito.

g) Cualquier otra función que, en el ámbito de sus competencias, se le atribuya por alguna disposición legal o reglamentaria.

4. Por su carácter consultivo, el Consejo no tendrá competencias con respecto a los aspectos técnicos de actuaciones frente a víctimas individuales.

5. El funcionamiento de este Consejo se ajustará a lo dispuesto en materia de órganos colegiados por la legislación en materia de régimen jurídico del Sector Público.

Artículo 11. Evaluación periódica del sistema de atención a las víctimas del delito.

1. El funcionamiento de las instituciones, mecanismos y garantías de asistencia a las víctimas del delito será objeto de una evaluación periódica, que se llevará a cabo por el Ministerio de Justicia mediante la elaboración de un informe anual. Este informe anual se realizará en la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, con el asesoramiento del Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas.

2. El informe anual del Ministerio de Justicia estará orientado a la mejora del sistema de protección y a la adopción de nuevas medidas para garantizar su eficacia.

3. El informe anual se remitirá al Consejo de Ministros para su aprobación definitiva y para la remisión a las Cortes Generales de las propuestas que se estimen necesarias para la mejora del sistema de protección de las víctimas y de las medidas que garanticen su eficacia. Una vez aprobado por el Consejo de Ministros, se publicará en la página Web del Ministerio de Justicia.

TÍTULO III

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 12. Objeto y ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones de este título tienen por objeto la regulación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, que se configuran como una unidad especializada y un servicio público cuya finalidad es prestar asistencia y/o atención coordinada para dar respuesta a las víctimas de delitos en los ámbitos jurídico, psicológico, y social, así como promover las medidas de justicia restaurativa que sean pertinentes.

2. Las disposiciones contenidas en este título serán de aplicación tanto a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas dependientes del Ministerio de Justicia como a las dependientes de las comunidades autónomas con competencias asumidas sobre la

materia, sin perjuicio de las especialidades organizativas de éstas últimas según su normativa autonómica.

3. En lo referente a las víctimas de delitos de terrorismo, se atenderá, con carácter general, a lo dispuesto en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas de Terrorismo y en el Reglamento aprobado por Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, y a las competencias que la normativa vigente atribuye en esta materia al Ministerio del Interior, sin perjuicio de las actuaciones específicas de las Oficinas contempladas en este real decreto, especialmente relativas a la determinación de la vulnerabilidad de la víctima, para evitar la victimización primaria y secundaria.

En el marco del proceso penal, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas se coordinarán con las oficinas del Ministerio del Interior para evitar sucesivas derivaciones de uno a otro servicio.

Artículo 13. Ámbito subjetivo.

1. Las disposiciones de este Título serán aplicables:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratase de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

2. Las disposiciones de este Título no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

3. El acceso a los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas no se condicionará a la presentación previa de una denuncia.

4. Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica

tendrán derecho de acceso a los servicios de asistencia de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

5. Cuando se trate de delitos que hayan causado perjuicios de especial gravedad, atendiendo a las necesidades y daños sufridos como consecuencia de la infracción penal cometida contra la víctima, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán hacer extensivo a los familiares de las víctimas el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo. A tal efecto, se entenderá por familiares las personas unidas a la víctima en matrimonio o relación análoga de afectividad, y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

Artículo 14. Derechos de las víctimas respecto a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

1. Toda víctima tiene derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, de forma gratuita y confidencial.

2. Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con la Oficina a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio. Estos derechos se extienden durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un periodo de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia.

3. Toda víctima tiene derecho a ser derivada a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas cuando resulte necesario en atención a la gravedad del delito o en aquellos casos en los que ella misma lo solicite.

4. Las víctimas de los delitos de terrorismo, las víctimas de violencia de género y los menores de edad tendrán además los derechos reconocidos en su normativa específica.

Artículo 15. Naturaleza Jurídica de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

1. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas se configuran como un servicio multidisciplinar de atención a las necesidades de la víctima, de carácter público y gratuito.

2. El Ministerio de Justicia determinará la regulación, organización, dirección y control de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas dependientes en su ámbito territorial, que se configurarán como unidades administrativas.

3. En aquellas comunidades autónomas que hayan asumido el traspaso de medios materiales y personales de la Administración de Justicia, la organización de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas dependerá de la comunidad autónoma, si bien la misma deberá garantizar el cumplimiento de los derechos que se desarrollan en el Estatuto de la víctima del delito y en el presente real decreto.

Artículo 16. Creación y ámbito territorial de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

1. Mediante Orden del Ministro de Justicia, que determinará su ámbito de actuación territorial, se crearán las Oficinas de Asistencia a las Víctimas dependientes del Ministerio de Justicia. Las restantes Oficinas se crearán por las comunidades autónomas con competencias asumidas en materia de Administración de Justicia.

2. El ámbito territorial se ajustará a los siguientes criterios:

a) Salvo regulación expresa, tendrá ámbito provincial.

b) Cuando dentro de una misma provincia se implante más de una oficina, su ámbito competencial se fijará en la Orden de creación.

3. Sin perjuicio del ámbito territorial establecido, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán asistir a las víctimas independientemente del lugar de comisión del delito.

4. La ubicación de las Oficinas se realizará teniendo en cuenta criterios que faciliten la atención a la víctima, entre los que estará la cercanía a las sedes de los juzgados, Palacios de Justicia o Fiscalía.

Artículo 17. Objetivos de las Oficinas.

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas tienen como objetivo general prestar una asistencia integral, coordinada y especializada a las víctimas como consecuencia del delito y dar respuesta a las necesidades específicas en el ámbito jurídico, psicológico y social.

Artículo 18. Personal de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

1. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas estarán atendidas por profesionales especializados, entre los que podrán encontrarse, psicólogos, personal al servicio de la Administración de Justicia, juristas, trabajadores sociales y otros técnicos cuando la especificidad de la materia así lo aconseje.

2. Las Administraciones Públicas garantizarán la formación general y específica en asistencia y protección a las víctimas, especialmente de las víctimas vulnerables, a todos los profesionales de la Oficina de Asistencia a las Víctimas. Estos tendrán formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica. Su formación será orientada desde la perspectiva de la igualdad entre hombres y mujeres.

CAPÍTULO II**Funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas****Artículo 19. Funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.**

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas realizarán las siguientes funciones:

1. La elaboración, en su caso, de planes de asistencia individualizados para la atención a las víctimas.

2. La información a las víctimas, ofreciendo detalladamente, en un lenguaje asequible, cuáles son sus derechos y como ejercitarlos.

3. Información sobre el acceso a la justicia gratuita y asistencia para su solicitud.

4. Asesoramiento sobre los derechos económicos relacionados con el proceso, en particular, sobre las ayudas por los daños causados por el delito y el procedimiento para reclamarlas.

5. El apoyo emocional a las víctimas y la asistencia terapéutica de las víctimas que lo precisen, garantizando la asistencia psicológica adecuada para la superación de las consecuencias traumáticas del delito.

6. Evaluación y asesoramiento sobre las necesidades de la víctima y la forma de prevenir y evitar las consecuencias de la victimización primaria, reiterada y secundaria, la intimidación y las represalias.

7. La elaboración de un plan de apoyo psicológico para las víctimas vulnerables y en los casos en que se aplica la orden de protección.

8. La información sobre los servicios especializados disponibles que puedan prestar asistencia a la víctima, a la vista de sus circunstancias personales y la naturaleza del delito de que pueda haber sido objeto.

9. El acompañamiento de la víctima, a lo largo del proceso, a juicio si lo precisara y/o a las distintas instancias penales.

10. La colaboración y la coordinación con los organismos, instituciones y servicios que pueden estar implicados en la asistencia a las víctimas: judicatura, fiscalía, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, servicios sociales, servicios de salud, asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro, sobre todo en los casos de víctimas vulnerables con alto riesgo de victimización.

11. Valoración de las víctimas que precisen especiales medidas de protección con la finalidad de determinar qué medidas de protección, asistencia y apoyo deben ser prestadas, entre las que se podrán incluir:

a) La prestación de apoyo o asistencia psicológica para afrontar los trastornos ocasionados por el delito, aplicando los métodos psicológicos más adecuados para la atención de cada víctima.

b) El acompañamiento a juicio.

c) La información sobre los recursos psicosociales y asistenciales disponibles y, si la víctima lo solicita, derivación a los mismos.

d) Las medidas especiales de apoyo que puedan resultar necesarias cuando se trate de una víctima con necesidades especiales de protección.

e) La derivación a servicios de apoyo especializados.

12. La elaboración de informes de acuerdo con las normas científicas y de manera independiente.

13. La difusión de su existencia y funciones a la sociedad en general y a determinados colectivos sociales especialmente vulnerables.

14. La sensibilización de los colectivos y organismos que trabajan con víctimas, así como la promoción, organización y participación en las acciones formativas que consideren necesarias.

15. La cooperación con estudios e investigaciones sobre diferentes aspectos de la victimización a partir de los resultados de la intervención de las Oficinas.

16. El acercamiento de la justicia a la ciudadanía promoviendo la comprensión de sus actuaciones.

17. La aplicación de las medidas de organización y gestión que faciliten el acceso rápido al servicio prestado, así como, la coordinación con otros entes e instituciones. En la aplicación de estas medidas primará la interdisciplinariedad y el principio de proximidad al ciudadano.

18. El desempeño de forma profesional de la función de ventanilla única en relación con la asistencia a las víctimas de delitos.

19. La información sobre alternativas de resolución de conflictos con aplicación, en su caso, de la mediación y de otras medidas de justicia restaurativa.

20. Recibir la comunicación de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7.1 del Estatuto de la víctima del delito cuando la víctima haya hecho uso de la facultad prevista en el artículo 7.3 de este real decreto, y realizar las actuaciones de información y asistencia que en su caso resulten precisas.

21. Y cuantas otras funciones se determinen en este real decreto.

Artículo 20. La asistencia.

En cumplimiento de las funciones atribuidas en este capítulo, la Oficina de Asistencia a las Víctimas asistirá a la víctima en las áreas jurídica, psicológica y social, con el fin último de minimizar la victimización primaria y evitar la secundaria.

Para realizar esta asistencia las Oficinas realizarán planes de asistencia individualizados, y se coordinarán con todos los servicios competentes en atención a las víctimas.

Artículo 21. La atención jurídica.

1. Las Oficinas prestarán la atención jurídica a las víctimas, y en concreto, facilitarán información sobre el tipo de asistencia que la víctima puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales, los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso, la forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico y el tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo.

2. La atención jurídica será en todo caso general del desarrollo del proceso y la manera de ejercitar los distintos derechos; la orientación y asistencia jurídica del caso concreto corresponde a quien asuma la asistencia letrada.

3. Las principales actuaciones derivadas de esta atención jurídica son:

a) La información a las víctimas: las víctimas desde el primer contacto y durante todo el procedimiento recibirán información actualizada sobre los derechos que asisten a lo largo del proceso, con lenguaje sencillo y asequible.

b) El estudio y, en su caso, propuesta de aplicación de las medidas generales de protección, conforme a lo previsto en el Estatuto de la víctima del delito.

4. Las Oficinas también informarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas que lo tuvieran, y les asistirán para poder solicitarlo. Las solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita podrán presentarse directamente ante las Oficinas, que las remitirán al Colegio de Abogados que corresponda. Las Oficinas también contactarán con los Colegios de Abogados para las designaciones de abogados en los casos en que proceda.

Artículo 22. La asistencia psicológica.

La asistencia psicológica supone:

a) La evaluación y el tratamiento de las víctimas más vulnerables para conseguir la disminución de la crisis ocasionada por el delito, el afrontamiento del proceso judicial derivado del delito, el acompañamiento a lo largo del proceso y la potenciación de las estrategias y capacidades de la víctima, posibilitando la ayuda del entorno de la víctima.

Entre los factores a evaluar están: el tipo de relaciones de la víctima, el afrontamiento de los problemas, las fuentes de apoyo, los valores, la acumulación de estresores, los problemas de salud y de comportamiento, las condiciones socio-ambientales, así como, las variables asociadas al hecho delictivo, entre las que están el impacto directo del delito y los trastornos ocasionados por éste, el riesgo de reincidencia, las posibles represalias y la intimidación.

b) El estudio y la propuesta de aplicación de las medidas de protección que minimicen los trastornos psicológicos derivados del delito y eviten la victimización secundaria, conforme a lo previsto en el Estatuto de la víctima del delito.

Artículo 23. La asistencia social.

La intervención social supone la coordinación y, en su caso, derivación a servicios sociales, instituciones, u organizaciones de asistencia a víctimas, para garantizar alojamiento seguro, atención médica inmediata, ayudas económicas que pudieran corresponderles, con especial atención a las necesidades derivadas de situaciones de invalidez, hospitalización, fallecimiento y las agravadas por la situación de vulnerabilidad de las víctimas.

Artículo 24. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas como autoridad de asistencia en los delitos transfronterizos.

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, conforme a la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos, son la autoridad de asistencia de las víctimas de delitos en situaciones transfronterizas, en

los casos en que el delito se cometa en un Estado miembro de la Unión Europea distinto a España y la víctima tenga su residencia habitual en España, actuando conforme a lo establecido en el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. En los casos de delitos de terrorismo el Ministerio del Interior es la autoridad de asistencia a los efectos anteriores.

CAPÍTULO III

Fases de la Asistencia

Artículo 25. Fases de la Asistencia.

La asistencia a las víctimas se realiza en cuatro fases: la acogida-orientación, la información, la intervención y el seguimiento.

Artículo 26. Fase de acogida-orientación.

La acogida-orientación se realiza a través de una entrevista, presencial o telefónica, y tiene como fin que la víctima plantee sus problemas y necesidades, que permita orientarla, analizar posibles intervenciones de otros recursos y, si procede, la derivación a éstos.

Artículo 27. Fase de información.

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas darán la información que precisa la víctima adaptada a sus circunstancias y condiciones personales, a la naturaleza del delito cometido y a los daños y perjuicios sufridos.

Esta información –que podrá ser por escrito, verbal o por medios electrónicos, así como presencial o no– comprenderá la información general sobre sus derechos, desde el primer contacto con las autoridades competentes, y será detallada y actualizada a lo largo de todo el proceso.

Las oficinas informarán a las víctimas sobre la función tuitiva del Ministerio Fiscal, y facilitarán a las víctimas información sobre los derechos que les asisten, y en particular sobre los siguientes:

a) Derecho a denunciar y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia y derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación.

b) Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.

c) Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo. Cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica, sobre la posibilidad de solicitar una orden de protección, explicando de forma comprensible que confiere a la víctima un estatuto integral de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.

d) Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales, y procedimiento para obtenerlas. Dentro de estas últimas se incluirá, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo.

e) Indemnizaciones o ayudas económicas a las que pueda tener derecho y, en su caso, procedimiento para reclamarlas.

f) Servicios de interpretación y traducción disponibles.

g) Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles.

h) Procedimiento por medio del cual la víctima pueda ejercer sus derechos en el caso de que resida fuera de España.

i) Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos.

j) Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y cauces para comunicarse con ella.

k) Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.

l) Supuestos en los que pueda obtener el reembolso de los gastos judiciales y, en su caso, procedimiento para reclamarlo.

m) Derecho a ser informada sin retrasos innecesarios de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor.

n) Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7 del Estatuto de la víctima del delito, así como dejar sin efecto esta solicitud, y a solicitar que dichas resoluciones también se comuniquen a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

o) Derecho obtener una copia de la denuncia, debidamente certificada.

p) Derecho a la asistencia lingüística gratuita y a la traducción escrita de la copia de la denuncia cuando no entienda, no hable ninguna de las lenguas que tengan carácter oficial en el lugar en el que se presenta la denuncia.

q) Derecho de las víctimas de delitos de violencia de género a ser notificadas de las resoluciones a las que se refieren las letras c) y d) del apartado 1 del artículo 7 del Estatuto de la víctima del delito, sin necesidad de que lo solicite, salvo que manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones.

r) Derecho al periodo de reflexión en garantía de los derechos de la víctima en casos de catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos que hubieran producido un número elevado de víctimas que impiden a los abogados y procuradores sus servicios profesionales hasta transcurridos 45 días desde que aconteció el hecho, quedando sin efecto en el caso de que la presentación de estos servicios profesionales haya sido solicitada expresamente por la víctima.

s) Derecho a que se le comunique la resolución de sobreseimiento y la posibilidad de recurrir.

t) Derecho a interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

u) Derecho a facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.

v) La información sobre los servicios especializados disponibles que puedan prestar asistencia a la víctima, así como los recursos psicosociales y asistenciales disponibles.

Artículo 28. Fase de intervención.

Entre las intervenciones jurídicas, psicológicas y sociales que realizan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas están las siguientes:

a) La evaluación de la vulnerabilidad de las víctimas que le sean derivadas o que acudan directamente a la Oficina.

b) La propuesta de las medidas de protección a las víctimas, especialmente de las más vulnerables, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, y el seguimiento de su ejecución.

c) La asistencia terapéutica psicológica y el tratamiento psicológico de las víctimas en el ámbito del proceso penal que, en principio, se realiza en dos fases:

1.^a La primera fase dirigida a lograr que la víctima tenga el control general de su conducta, en la que se analizan los elementos que garantizan la integridad física y psíquica, facilitando la expresión de los sentimientos y el dominio cognoscitivo, y realizando las adaptaciones conductuales e interpersonales más necesarias.

2.^a La segunda fase en la que se analizan las expectativas generadas por el delito, corrigiendo las posibles distorsiones y realizándose las intervenciones psicológicas y los tratamientos de larga evolución para el tratamiento específico de síntomas postraumáticos.

d) La aplicación del plan de apoyo psicológico.

e) La información y el seguimiento de la decisión de la víctima en las medidas penitenciarias.

f) La información sobre la posibilidad de acceder a justicia restaurativa y, en su caso, sobre la aplicación de las medidas de esta naturaleza que puedan adoptarse.

g) El acompañamiento a juicio u otras instancias judiciales, o la propuesta de acompañamiento por la persona designada por la propia víctima.

h) La coordinación con el resto de servicios sociales, policiales u otros, principalmente para el seguimiento de las víctimas vulnerables con alto riesgo y el apoyo para la obtención de las ayudas económicas que pudieran corresponderles, así como las medidas asistenciales frente a cualquier necesidad y especialmente en situaciones de invalidez, hospitalización, o fallecimiento.

Artículo 29. Fase de seguimiento.

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas realizan el seguimiento de la víctima, especialmente de las más vulnerables, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

CAPÍTULO IV

Evaluación individual de las víctimas

Artículo 30. Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección.

1. Sin perjuicio de lo que acuerden las autoridades judiciales o fiscales competentes, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en su caso, las policías autonómicas, efectuarán en el momento de la denuncia una primera evaluación individual de la víctima para la determinación de sus necesidades de protección y para la identificación, en su caso, de víctimas vulnerables.

En esta primera evaluación se informará a la víctima de la posibilidad de acudir a una Oficina de Asistencia a las Víctimas. La información recabada en esta primera evaluación podrá ser trasladada a la Oficina de Asistencia a las Víctimas sólo con el consentimiento previo e informado de la víctima.

2. Cuando la víctima acuda a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, en su caso con la información facilitada, éstas realizarán una evaluación individualizada. La Oficina de Asistencia a las Víctimas estará en todo caso a lo que pueda acordar la autoridad judicial o fiscal competente para la valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección.

3. La evaluación individual atenderá a las necesidades manifestadas por la víctima, así como su voluntad, y respetará plenamente la integridad física, mental y moral de la víctima. Tendrá especialmente en consideración:

a) Las características personales de la víctima, su situación, necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad y nivel de madurez. En particular, valorará:

1.º Si se trata de una persona con discapacidad o si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito.

2.º Si se trata de víctimas menores de edad o de víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurran factores de especial vulnerabilidad.

b) La naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito. A estos efectos, se valoraran especialmente las necesidades de protección de las víctimas en los siguientes delitos:

1. Delitos de terrorismo.

2. Delitos cometidos por una organización criminal.

3. Delitos cometidos sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.

4. Delitos contra la libertad o indemnidad sexual.

5. Delitos de trata de seres humanos.

6. Delitos de desaparición forzada.

7. Delitos cometidos 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, de enfermedad o discapacidad.

c) Las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos.

4. En caso de víctimas menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección también se tomará en cuenta su opinión e intereses, así como sus especiales circunstancias personales, y se velará especialmente por el respeto a los principios del interés superior del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, derecho a la información, no discriminación, derecho a la confidencialidad, a la privacidad y el derecho a ser protegido.

Artículo 31. Informe de la evaluación individualizada.

1. Tras el proceso de evaluación individualizada, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán realizar un informe con el consentimiento previo e informado de la víctima, que será remitido con carácter reservado a la autoridad judicial o fiscal competente para adoptar las medidas de protección.

2. En el informe de evaluación individualizada, podrán proponerse las medidas que se estimen pertinentes para la asistencia y la protección de la víctima durante la fase de investigación, especialmente cuando se trate de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, de otras víctimas vulnerables o de menores. En particular, podrá proponerse la adopción de las siguientes medidas:

a) Que se reciba declaración a la víctima lo antes posible, el menor número de veces y únicamente cuando resulte estrictamente necesario.

b) Que la víctima pueda estar acompañada de una persona de su elección.

c) Que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin.

d) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, o con su ayuda.

e) Que todas las tomas de declaración a una misma víctima le sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal.

f) Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3.º y 4.º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 del Estatuto de la víctima del delito y de las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando ésta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal.

g) Cualquier otra medida tendente a evitar el contacto visual de la víctima con el acusado. Esta medida, dado su objeto, también podrá proponerse para la fase de enjuiciamiento.

3. Cuando se trate de víctimas menores de edad, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas indicarán expresamente en su informe la concurrencia, en su caso, de cualquiera de los supuestos a los que hace referencia el artículo 26.2 del Estatuto de la víctima del delito; a fin de que ello pueda tomarse en consideración por el Fiscal en el momento de valorar la oportunidad de recabar del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima para que la represente en la investigación y en el proceso penal.

4. Cualquier modificación relevante de las circunstancias en que se hubiera basado la evaluación individual de la víctima determinará una actualización de la misma y, en su caso, del informe remitido a la autoridad judicial o fiscal competente.

5. La Oficina de Asistencia a las Víctimas solamente podrá facilitar a terceros la información que hubieran recibido de la víctima con el consentimiento previo e informado de la misma.

Artículo 32. Plan de apoyo psicológico.

1. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas deberán realizar un plan de apoyo psicológico para las víctimas especialmente vulnerables, o necesitadas de especial protección.

2. El plan de apoyo psicológico tendrá como fin que la víctima pueda seguir el proceso penal sin volver a vivenciar angustia, fortalecer su autoestima, fortalecer la toma de decisiones y, en particular, aquellas que tienen relación con medidas judiciales.

3. El plan de apoyo psicológico se realizará mediante la evaluación de las consecuencias físicas y psíquicas del delito, del clima que rodea a la víctima, del riesgo de sufrir nuevas agresiones y del ambiente familiar. También se valorará la capacidad de resiliencia.

4. El Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas con competencias asumidas podrán supervisar los planes de apoyo que se realicen dentro de su ámbito territorial.

CAPÍTULO V

La Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas de Terrorismo de la Audiencia Nacional

Artículo 33. La Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional.

1. La Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional tiene ámbito nacional y realiza las funciones de información y asistencia a las víctimas del terrorismo en los términos previstos en el artículo 51 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, y en el presente real decreto. No obstante, por razones de urgencia o de cercanía las víctimas podrán acudir a la Oficina de Asistencia a las Víctimas de su provincia que se coordinará con la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas de Terrorismo de la Audiencia Nacional.

2. La Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional realiza, entre otras, las siguientes funciones:

a) Facilitar información sobre el estado de los procedimientos que afecten a las víctimas del terrorismo.

b) Asesorar a las víctimas del terrorismo en todo lo relacionado con los procesos penales y contencioso-administrativos que les afecten.

c) Ofrecer acompañamiento personal a los juicios que se celebren en relación a los actos terroristas de los que traigan causa los afectados.

d) Dar apoyo emocional y terapéutico de las víctimas. La Oficina evaluará los trastornos ocasionados por el delito y, a lo largo del proceso penal, realizará la asistencia psicológica adecuada para la superación del delito y evaluará el riesgo de victimización, señalando las medidas de protección adecuadas y aplicará el plan de apoyo como víctima vulnerable. Todo ello sin perjuicio de las competencias en esta materia del Ministerio del Interior.

e) Prevenir las consecuencias de la victimización primaria y evitar la victimización secundaria y la desprotección tras el delito.

f) Facilitar la colaboración y la coordinación entre los organismos, instituciones y servicios que pueden estar implicados en la asistencia concreta de cada víctima, sin perjuicio de las competencias en esta materia del Ministerio del Interior.

g) Promover la salvaguarda de la seguridad e intimidad de las víctimas en su participación en los procesos judiciales, para protegerlas de injerencias ilegítimas o actos de intimidación y represalia y cualquier otro acto de ofensa y denigración.

h) Informar sobre las posibles indemnizaciones a víctimas de terrorismo derivándolas, en todo caso, al órgano del Ministerio del Interior competente en la materia.

i) Establecer cauces de información a la víctima acerca de todo lo relacionado con la ejecución penitenciaria, hasta el momento del cumplimiento íntegro de las penas. Particularmente, en los supuestos que supongan concesión de beneficios o excarcelación de los penados.

j) Recibir la comunicación de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7.1 del Estatuto de la víctima del delito cuando la víctima haya hecho uso de la facultad prevista en el artículo 7.3 de este real decreto, y realizar las actuaciones de información y asistencia que en su caso resulten precisas.

3. Seguirá el mismo modelo de actuación general de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y realizará las evaluaciones necesarias de las víctimas más vulnerables en los términos del artículo 31 de este real decreto, prestando, asimismo, la asistencia psicológica en aquellos casos que sea necesaria para afrontar las consecuencias del delito.

CAPÍTULO VI

Actuaciones de las oficinas en materia de coordinación

Artículo 34. La red de coordinación.

1. El Ministerio de Justicia, o las comunidades autónomas con competencias en justicia, podrán coordinar las actuaciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas con los diferentes órganos o entidades competentes que prestan asistencia a las víctimas, con este fin se podrán realizar convenios de colaboración y protocolos. Podrán impulsar, asimismo, la colaboración con redes públicas y privadas que asisten a las víctimas, entre otras con:

a) Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las Policías Autonómicas.

b) Servicios de bienestar social.

c) Ayuntamientos.

d) Servicios de Salud (112/061, urgencias, urgencias psiquiátricas y Programas de Salud Mental).

e) Servicios de Educación.

f) Servicios laborales.

g) Asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro.

h) Servicios Psicosociales de la Administración de Justicia.

i) Unidades de Coordinación contra la Violencia sobre la Mujer y las Unidades de Violencia sobre la Mujer, integradas orgánicamente en las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y en las Direcciones Insulares.

j) Servicios especializados para la atención a las víctimas de violencia de género.

k) Cualquier otro órgano o entidad de la Administración General del Estado u otras Administraciones con competencias en asistencia y/o atención a las víctimas.

2. Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán mantener reuniones periódicas con los organismos, instituciones y entidades relacionados en el apartado anterior, para optimizar la asistencia de las víctimas particulares, efectuando, en su caso, el seguimiento de las víctimas vulnerables y asegurando su papel de punto de acceso coordinador o ventanilla única.

Artículo 35. Actuaciones de los letrados de la Administración de Justicia en cumplimiento del Estatuto de la víctima del delito.

En cumplimiento del artículo 10 del Estatuto de la víctima del delito, los letrados de la Administración de Justicia derivarán a las víctimas a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, en los términos establecidos en las leyes procesales, cuando resulte necesario en atención a la gravedad del delito, vulnerabilidad de la víctima o en aquellos casos en los que la víctima lo solicite.

Artículo 36. Coordinación en grandes catástrofes.

En el caso de catástrofes o sucesos con víctimas múltiples que tengan su origen o causa en un hecho delictivo, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas se coordinarán con el resto de instituciones competentes para garantizar la asistencia a las víctimas.

CAPÍTULO VII

Otras actuaciones de las oficinas

Artículo 37. Funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en materia de justicia restaurativa.

Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán realizar las siguientes actuaciones de justicia restaurativa:

a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa.

b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima.

c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

Artículo 38. Información y asistencia sobre ejecución penitenciaria.

Las Oficinas facilitarán a las víctimas información sobre la posibilidad de participar en la ejecución penitenciaria, en los términos previstos en el artículo 13 del Estatuto de la víctima del delito, y realizarán las actuaciones de asistencia que resulten precisas para que la víctima pueda ejercer los derechos que la ley les reconoce en este ámbito.

CAPÍTULO VIII

Las actuaciones de las oficinas para cumplir las funciones administrativas

Artículo 39. Los datos estadísticos.

La recopilación de los datos estadísticos deberá incluir al menos:

- a) El número de víctimas que han solicitado asistencia y las asistidas, distinguiendo entre adultos y menores, y el sexo.
- b) Tipo de víctima por delito sufrido.
- c) Tipo de asistencia y actuaciones realizadas.
- d) Las derivaciones principalmente las de la policía y de los letrados de la Administración de Justicia.
- e) El número de víctimas que han sido derivadas a servicios de mediación.

Artículo 40. Otras actuaciones administrativas.

Las Oficinas realizarán un seguimiento de cada caso individual, que se documentará en los correspondientes archivos o registros. Asimismo realizarán una memoria anual de la que se dará traslado al Ministerio de Justicia, o en su caso, a las comunidades autónomas con competencia en la materia.

Disposición adicional única. Limitaciones presupuestarias.

1. La organización y funcionamiento del Consejo Asesor de Asistencia a las Víctimas se atenderá con los medios personales, técnicos y presupuestarios asignados a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.

2. La entrada en vigor del presente real decreto no producirá incremento del número de efectivos, ni de las retribuciones, ni de otros gastos de personal con impacto presupuestario.

Disposición transitoria única. Adaptación de las relaciones de puestos de trabajo.

En tanto el Ministerio de Justicia proceda a la modificación de las relaciones de puestos de trabajo de aquellas Oficinas de Asistencia a las Víctimas que, dentro de su ámbito de competencia, estén insertas en la Oficina Judicial, las mismas funcionaran a efectos organizativos como unidades administrativas, en condiciones idénticas al resto de Oficinas dependientes del Ministerio.

Disposición final primera. Título competencial.

Este real decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.5.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia.

Se exceptúan de lo anterior los artículos 6, 7 y 8, que se dictan al amparo de la competencia exclusiva en materia de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el

cumplimiento de los deberes constitucionales, atribuida al Estado por el artículo 149.1.1.^a de la Constitución Española, así como el artículo 9, que se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de legislación penal y procesal atribuida al Estado por el artículo 149.1.6.^a de la Constitución Española.

Disposición final segunda. Habilitación normativa.

Se faculta a los titulares de los Ministerios de Justicia y de Hacienda y Administraciones Públicas para dictar, en el ámbito de sus competencias, las normas necesarias para el desarrollo, cumplimiento y ejecución de lo dispuesto en el presente real decreto.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

El presente real decreto entrará en vigor el día 1 de enero de 2016.

Dado en Madrid, el 11 de diciembre de 2015.

FELIPE R.

El Ministro de Justicia,
RAFAEL CATALÁ POLO

3. Colombia³

Ley 1773, de 6 de enero de 2016, por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Decreta:

ARTÍCULO 1º. Adiciónese el artículo 116A a la Ley 599 de 2000, de la siguiente manera:

Artículo. 116A. Lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, usando para ello cualquier tipo de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, incurrirá en pena de prisión de ciento cincuenta (150) meses a doscientos cuarenta (240) meses y multa de ciento veinte (120) a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la conducta cause deformidad o daño permanente, pérdida parcial o total, funcional o anatómica, la pena será de doscientos cincuenta y un (251) meses a

³ Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración.

trescientos sesenta (360) meses de prisión y multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

Parágrafo. En todo caso cuando proceda la medida de seguridad en contra del imputado, su duración no podrá ser inferior a la duración de la pena contemplada en este artículo.

Parágrafo 2. La tentativa en este delito se regirá por el artículo 27 de este código.

ARTÍCULO 2º. Elimínese el tercer inciso del artículo 113 de la Ley 599 de 2000.

ARTÍCULO 3º. Modifíquese el artículo 358 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 358. Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos. El que ilícitamente importe, introduzca, exporte, fabrique, adquiera, tenga en su poder, suministre, trafique, transporte o elimine sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear; o ácidos, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con el tejido humano; considerados como tal por tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta la mitad, cuando como consecuencia de algunas de las conductas descritas se produzca liberación de energía nuclear, elementos radiactivos o gérmenes patógenos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes.

ARTÍCULO 4º. Modifíquese el segundo inciso del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos;

fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 1º. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2º. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículos no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

ARTÍCULO 5º. Acceso al expediente por parte de la víctima y su médico tratante. El Instituto Nacional de Medicina Legal suministrará de inmediato toda la información que requiera el médico tratante de las víctimas de ataques con agentes químicos, ácidos, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, que resulte necesaria para establecer el procedimiento médico a seguir y así evitar que el daño sea aún más gravoso.

ARTÍCULO 6º. La duración de la pena para el delito tipificado en el artículo primero de la presente ley, sumada a los agravantes previstos en el artículo 119 del Código Penal, se ajustará a lo dispuesto en el artículo 37 del Código Penal.

ARTÍCULO 7º. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud, formulará en el lapso de seis meses a la expedición de la presente Ley una política pública de atención integral a las víctimas de ácido, garantizando el acceso a la atención médica y psicológica integral.

ARTÍCULO 8º. Vigencia, La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

**Ley 1774, de 6 enero de 2016, por medio de la cual se
modifican el Código Civil, la ley 84 de 1989, el Código Penal,
el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras
disposiciones**

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Decreta:

ARTÍCULO 1º. Objeto. Los animales como seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos, por lo cual en la presente ley se tipifican como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales, y se establece un procedimiento sancionatorio de carácter policivo Y judicial.

ARTÍCULO 2º. Modifíquese el artículo 655 del Código Civil, así:

Artículo 655. Muebles. Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.

Exceptúense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658.

Parágrafo. Reconócese la calidad de seres sintientes a los animales.

ARTÍCULO 3º. Principios,

a) Protección al animal. El trato a los animales se basa en el respeto, la solidaridad, la compasión, la ética, la justicia, el cuidado, la prevención del sufrimiento, la erradicación del cautiverio y el abandono, así como de cualquier forma de abuso, maltrato, violencia, y trato cruel;

b) Bienestar animal. En el cuidado de los animales, el responsable o tenedor de ellos asegurará como mínimo:

1. Que no sufran hambre ni sed,
2. Que no sufran injustificadamente malestar físico ni dolor;
3. Que no les sean provocadas enfermedades por negligencia o descuido;
4. Que no sean sometidos a condiciones de miedo ni estrés; 5. Que puedan manifestar su comportamiento natural;

c) Solidaridad social. El Estado, la sociedad y sus miembros tienen la obligación de asistir y proteger a los animales con acciones diligentes ante situaciones que pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física

Asimismo, tienen la responsabilidad de tomar parte activa en la prevención y eliminación del maltrato, crueldad y violencia contra los animales; también es su deber abstenerse de cualquier acto injustificado de violencia o maltrato contra estos y denunciar aquellos infractores de las conductas señaladas de los que se tenga conocimiento,

ARTÍCULO 4º. El artículo 10 de la Ley 84 de 1989 quedará así:

Artículo 10. Los actos dañinos y de crueldad contra los animales descritos en la presente ley que no causen la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física de conformidad con lo establecido en el título XI-A del Código Penal, serán sancionados con multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 5º. Adiciónese al Código Penal el siguiente título:

TÍTULO XI.A:

DE LOS DELITOS CONTRA LOS ANIMALES CAPÍTULO ÚNICO

Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales

Artículo 339A. El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Artículo 339B. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas contempladas en el artículo anterior se aumentarán de la mitad a tres cuartas partes, si la conducta se cometiere:

- a) Con sevicia,
- b) Cuando una o varias de las conductas mencionadas se perpetren en vía o sitio público;
- c) Valiéndose de inimputables o de menores de edad o en presencia de aquellos;
- d) Cuando se cometan actos sexuales con los animales;
- e) Cuando alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores se cometiere por servidor público o quien ejerza funciones públicas.

Parágrafo 1º. Quedan exceptuadas de las penas previstas en esta ley, las prácticas, en el marco de las normas vigentes, de buen manejo de los animales que tengan como objetivo el cuidado, reproducción, cría, adiestramiento, mantenimiento; las de beneficio y procesamiento relacionadas con la producción de alimentos; y las actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas.

Parágrafo 2º. Quienes adelanten acciones de salubridad pública tendientes a controlar brotes epidémicos, o transmisión de enfermedades zoonóticas, no serán objeto de las penas previstas en la presente ley.

Parágrafo 3º. Quienes adelanten las conductas descritas en el artículo 70 de la Ley 84 de 1989 no serán objeto de las penas previstas en la presente ley.

ARTÍCULO 6º. Adiciónese el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal con un numeral del siguiente tenor:

Artículo 37. De los Jueces Penales Municipales. Los Jueces Penales Municipales conocen:

7. De los delitos contra los animales.

ARTÍCULO 7º. Competencia y Procedimiento. El artículo 46 de la Ley 84 de 1989 quedará así:

Artículo 46. Corresponde a los alcaldes, a los inspectores de policía que hagan sus veces, y en el Distrito Capital de Bogotá a los inspectores de policía, conocer de las contravenciones de que trata la presente ley.

Para el cumplimiento de los fines del Estado y el objeto de la presente ley, las alcaldías e inspecciones contarán con la colaboración armónica de las siguientes entidades, quienes

además pondrán a disposición los medios y/o recursos que sean necesarios en los términos previstos en la Constitución Política, la Ley 99 de 1993 y en la Ley 1333 del 2009: El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a los que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos de que trata el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Parágrafo. Los dineros recaudados por conceptos de multas por la respectiva entidad territorial se destinarán de manera exclusiva a la formulación, divulgación, ejecución y seguimiento de políticas de protección a los animales, campañas de sensibilización y educación ciudadana y constitución de fondos de protección animal, vinculando de manera activa a las organizaciones animalistas y juntas defensoras de animales o quien haga sus veces para el cumplimiento de este objetivo.

ARTÍCULO 8º. Adicionar a la Ley 84 de 1989 un nuevo artículo del siguiente tenor:

Artículo 46A, Aprehensión material preventiva. Retención Preventiva. Cuando se tenga conocimiento o indicio de la realización de conductas que constituyan maltrato contra un animal, o que de manera vulneren su bienestar físico, la Policía Nacional y las autoridades policivas competentes podrán aprehender preventivamente en forma inmediata y sin que medie orden judicial o administrativa previa, a cualquier animal. Toda denuncia deberá ser atendida como máximo en las siguientes veinticuatro (24) horas.

Parágrafo. Cuando se entregue en custodia el animal doméstico a las entidades de protección animal, el responsable, cuidador o tenedor estará en la obligación de garantizar los gastos de manutención y alimentación del animal sin perjuicio de las obligaciones legales que le corresponden a los entes territoriales.

En caso de no cancelarse las expensas respectivas dentro de un plazo de quince (15) días calendario, la entidad de protección podrá disponer definitivamente para entregar en adopción el animal.

ARTÍCULO 9º. Las multas a las que se refieren los artículos 11, 12 y 13 se aumentarán en el mismo nivel de las establecidas en el artículo anterior, así:

Artículo 11. Multas de siete (7) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 12. Multas de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 13. Multas de nueve (9) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Las sanciones establecidas en el presente artículo se impondrán sin perjuicio de las sanciones penales que esta u otra ley establezca.

ARTÍCULO 10. El Ministerio de Ambiente en coordinación con las entidades competentes podrá desarrollar campañas pedagógicas para cambiar las prácticas de manejo animal y buscar establecer aquellas más adecuadas al bienestar de los animales.

ARTÍCULO 11. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Ley 1778, de 2 de febrero de 2016, por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Decreta:

CAPÍTULO I

Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por soborno de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales

ARTÍCULO 1º. Principios de la actuación administrativa. La Superintendencia de Sociedades deberá interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos previstos en esta ley a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la primera parte de la Ley 1437 de 2011 y en especial de los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, presunción de inocencia, proporcionalidad de la sanción, seguridad jurídica, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

ARTÍCULO 2º. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Las personas jurídicas que por medio de uno o varios:

- (i) empleados,
- (ii) contratistas,
- (iii) administradores, o
- (iv) asociados,

propios o de cualquier persona jurídica subordinada:

- (i) den,
- (ii) ofrezcan, o
- (iii) prometan,

a un servidor público extranjero, directa o indirectamente:

- (i) sumas de dinero,
- (ii) cualquier objeto de valor pecuniario u
- (iii) otro beneficio o utilidad,

a cambio de que el servidor público extranjero;

(i) realice,

(ii) omita,

(iii) o retarde,

cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. Dichas personas serán sancionadas administrativamente en los términos establecidos por esta ley.

Las entidades que tengan la calidad de matrices, conforme al régimen previsto en la Ley 222 de 1995 o la norma que la modifique o sustituya, serán responsables y serán sancionadas, en el evento de que una de sus subordinadas incurra en alguna de las conductas enunciadas en el inciso primero de este artículo, con el consentimiento o la tolerancia de la matriz.

Parágrafo 1º. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

Parágrafo 2º. Lo previsto en esta ley para las personas jurídicas se extenderá a las sucursales de sociedades que operen en el exterior, así como a las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades en las que el Estado tenga participación y sociedades de economía mixta.

Parágrafo 3º. Lo previsto en el presente artículo no se aplica cuando la conducta haya sido realizada por un asociado que no detente el control de la persona jurídica.

ARTÍCULO 3º. Competencia. Las conductas descritas en el artículo 2º de esta ley serán investigadas y sancionadas por la Superintendencia de Sociedades.

La Superintendencia tendrá competencia sobre las conductas cometidas en territorio extranjero, siempre que la persona jurídica o la sucursal de sociedad extranjera presuntamente responsable esté domiciliada en Colombia.

Parágrafo. La competencia prevista en este artículo no se trata del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Superintendencia de Sociedades.

ARTÍCULO 4º. No prejudicialidad. El inicio, impulso y finalización de la investigación administrativa que se adelante respecto de una persona jurídica por las acciones u omisiones enunciadas conforme a lo previsto en el artículo 2º de la presente

ley, no dependerá ni estará condicionado o supeditado a la iniciación de otro proceso, cualquiera sea su naturaleza, ni a la decisión que haya de adoptarse en el mismo. La decisión de la actuación administrativa de que trata esta ley, tampoco constituirá prejudicialidad.

CAPÍTULO II

Régimen Sancionatorio

ARTÍCULO 5º. Sanciones. La Superintendencia de Sociedades impondrá una o varias de las siguientes sanciones a las personas jurídicas que incurran en las conductas enunciadas en el artículo 2º de esta ley. La imposición de las sanciones se realizará mediante resolución motivada, de acuerdo con los criterios de graduación previstos en el artículo 7º de la presente ley:

1. Multa de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años.

La inhabilidad para contratar con el Estado iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada. Esta inhabilidad será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

3. Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

4. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el acto administrativo por medio del cual se impongan las sanciones de que trata esta ley, este deberá inscribirse en el registro mercantil de la persona jurídica sancionada.

La Superintendencia de Sociedades remitirá el acto administrativo a la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica o a la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso, para su inscripción en el registro correspondiente a fin de que esta información se refleje en el correspondiente certificado de existencia y representación legal.

En el caso de personas que no tienen la obligación de tener el registro mercantil que llevan las Cámaras de Comercio, el acto administrativo sancionatorio se remitirá al ente de control que los supervisa o vigila, con el fin de que lo publique en su página web. La publicación deberá realizarse en un aparte que se destine exclusivamente a la divulgación de los nombres y número de identificación tributaria de las personas que hayan sido sancionadas de conformidad con esta ley.

ARTÍCULO 6º. Sanciones en caso de reformas estatutarias. En los casos en que una persona jurídica, que hubiere incurrido en la conducta descrita en el artículo 2º, reforme o cambie su naturaleza antes de la expedición del acto administrativo sancionatorio, se seguirán las siguientes reglas:

1. En los casos en que una sociedad, que hubiere incurrido en alguna de las conductas señaladas en el artículo 2º de esta ley, se extinguiere por efecto de una fusión, la sociedad absorbente o de nueva creación se hará acreedora de la sanción señalada en esta ley.

2. En los casos en que una sociedad incurra en alguna de las conductas señaladas en el artículo 2º de esta ley y posteriormente se escinda, todas las sociedades que hayan participado en el proceso de escisión, bien como escidente o beneficiaria, estarán sujetas solidariamente a las sanciones de que trata esta ley.

3. En los casos de transferencia de control sobre una sociedad que hubiere incurrido en alguna de las conductas señaladas en el artículo 2º de esta ley, el sujeto adquirente del control estará sujeto a las sanciones de que trata esta ley.

4. Las reglas precedentes serán aplicables a todas las formas asociativas diferentes de las sociedades.

Parágrafo. Este artículo se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 en relación con la transmisión de derechos y obligaciones en fusiones y escisiones, en los casos en que exista un acto administrativo ejecutoriado imponiendo una sanción a la persona jurídica objeto de la reforma estatutaria.

ARTÍCULO 7º. Criterios de graduación de las sanciones. Las sanciones por las infracciones a la presente ley se graduarán atendiendo a los siguientes criterios:

1. El beneficio económico obtenido o pretendido por el infractor con la conducta.

2. La mayor o menor capacidad patrimonial del infractor.

3. La reiteración de conductas.

4. La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión y la conducta procesal del investigado.

5. La utilización de medios o de persona interpuesta para ocultar la infracción, los beneficios obtenidos o el dinero, bienes o servicios susceptibles de valoración económica, o cualquier beneficio o utilidad, ofrecido o entregado a un funcionario público nacional o extranjero, o cualquiera de los efectos de la infracción.

6. El reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

7. La existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la empresa, conforme a lo previsto en el artículo 23 de esta ley.

8. El grado de cumplimiento de las medidas cautelares.

9. Haber realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo a un proceso de fusión, escisión, reorganización o adquisición del control en el que esté involucrada la sociedad que cometió la infracción.

10. Haber puesto en conocimiento de las autoridades mencionadas en la presente ley la comisión de las conductas enunciadas en el artículo 2º por parte de empleados, representante legal o accionistas, conforme a lo previsto en el artículo 19 de esta ley.

Parágrafo. El criterio de graduación previsto en el numeral 6 no podrá ser aplicado cuando se esté en presencia de reiteración de conductas.

CAPÍTULO III

Disposiciones procedimentales

ARTÍCULO 8º. Normas aplicables. Las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Sociedades tendientes a determinar la responsabilidad de las personas jurídicas por la conducta prevista en el artículo 2º de esta ley se regirán por las disposiciones especiales del presente capítulo. En lo no previsto por la presente ley, se aplicarán las disposiciones de la parte primera de la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen.

ARTÍCULO 9º. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad sancionatoria establecida en esta ley tiene una caducidad de diez (10) años, contados a partir de la comisión de la conducta.

La caducidad se interrumpirá con la formulación del pliego de cargos. A partir de ese momento comenzará a correr de nuevo por diez (10) años, hasta tanto se profiera la sanción.

ARTÍCULO 10. Formas de iniciar la actuación administrativa. Las actuaciones administrativas la Superintendencia de Sociedades tendientes a determinar la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones a esta ley podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona.

ARTÍCULO 11. Indagación preliminar. Una vez iniciada la actuación administrativa, la Superintendencia de Sociedades iniciará una indagación preliminar para determinar alguna conducta de las señaladas en el artículo 2º de esta ley. La indagación preliminar tendrá una duración máxima de un (1) año y culminará con el archivo o con la formulación de cargos contra las personas jurídicas investigadas. El término para la indagación podrá ser prorrogado hasta por un (1) año cuando se requiera asistencia jurídica recíproca.

ARTÍCULO 12. Pliego de cargos. En el evento de determinarse la existencia de una posible infracción, la Superintendencia de Sociedades procederá a la formulación de cargos mediante acto administrativo en el que se señalarán, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones procedentes. Este acto administrativo deberá

ser notificado personalmente a los investigados. Contra el acto administrativo de formulación de cargos no procede recurso alguno.

ARTÍCULO 13. *Medidas cautelares.* En el pliego de cargos o en cualquier etapa posterior de la actuación administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá ordenar medidas cautelares cuando sean necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de una eventual decisión sancionatoria.

ARTÍCULO 14. *Descargos.* Los investigados podrán, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos a que hubiere lugar. En los descargos podrán solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer.

Las pruebas inconducentes, impertinentes o superfluas serán rechazadas de manera motivada.

No se atenderán las pruebas practicadas ilegalmente.

La Superintendencia de Sociedades podrá ordenar pruebas de oficio.

ARTÍCULO 15. *Período probatorio.* El período probatorio y los alegatos tendrán el término prescrito en el artículo 48 de la Ley 1437 de 2011. El período probatorio podrá ser prorrogado una sola vez cuando se requiera ayuda jurídica recíproca, por el tiempo que duren estos procedimientos.

ARTÍCULO 16. *Decisión.* Dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la presentación de los alegatos, la Superintendencia de Sociedades deberá proferir la resolución que determine la existencia de la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones a esta ley.

ARTÍCULO 17. *Vía administrativa.* Contra la resolución que determine la existencia de la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones a esta ley sólo procederá el recurso de reposición.

ARTÍCULO 18. *Remisión a otras autoridades.* Si los hechos materia del procedimiento sancionatorio pudieren llegar a ser constitutivos de delito, falta disciplinaria o de otro tipo de infracción administrativa, la Superintendencia de Sociedades pondrá en conocimiento de los hechos a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación o la entidad que corresponda, y acompañará copia de los documentos pertinentes.

ARTÍCULO 19. *Beneficios por colaboración.* La Superintendencia de Sociedades podrá conceder beneficios a participantes en las infracciones descritas en esta ley, siempre y cuando los mismos la pongan en conocimiento de la Superintendencia y colaboren oportunamente con la entrega de información y pruebas relacionadas con dicha conducta conforme a las siguientes reglas.

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la sanción. En todo caso, cualquiera sea la modalidad de exoneración, la Superintendencia deberá tener en cuenta los siguientes criterios para conceder dichos beneficios:

a) La calidad y utilidad de la información suministrada a la Superintendencia para el esclarecimiento de los hechos, para la represión de las conductas y para determinar la modalidad, duración y efectos de la conducta ilegal, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio que hubiera obtenido con ella.

b) La oportunidad en que la Superintendencia reciba la colaboración.

2. La exoneración total de la sanción, podrá ser concedida siempre que de manera previa a que hubiere iniciado la correspondiente actuación administrativa, la persona jurídica: (i) haya puesto en conocimiento de la Superintendencia, las infracciones de que trata esta ley y (ii) no se hayan ejercido las obligaciones y derechos que surgieren de un contrato originado en un negocio o transacción internacional conforme lo menciona esta ley, según sea el caso.

3. La exoneración parcial de la sanción, podrá ser concedida cuando la información haya sido entregada de manera posterior a la iniciación de la actuación administrativa. En todo caso, la disminución de la sanción, en lo que respecta a la multa, no podrá exceder del 50% de la misma.

ARTÍCULO 20. Actuaciones y diligencias para la investigación administrativa del soborno transnacional. Para el ejercicio de las competencias previstas en esta ley, la Superintendencia de Sociedades podrá realizar todas las actuaciones autorizadas por la ley para el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control. En especial, podrán:

1. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente.

2. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el esclarecimiento de los hechos.

3. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código General del Proceso, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones.

ARTÍCULO 21. Renuencia a suministrar información. Las personas jurídicas, que se rehúsen a presentar a la Superintendencia de Sociedades los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes, remitan la información solicitada con errores significativos o en forma incompleta, o no comparezcan a las diligencias probatorias de la Superintendencia de Sociedades sin justificación, serán sancionadas con multa a favor de esta Superintendencia, hasta de doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. La Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas sucesivas al renuente, en los términos del artículo 90 de la Ley 1437 de 2011.

La sanción a la que se refiere el anterior inciso se aplicará sin perjuicio de la obligación de suministrar o permitir el acceso a la información o a los documentos requeridos, en los términos del artículo 20 de esta Ley.

Dicha sanción se impondrá mediante resolución motivada, previo traslado de la solicitud de explicaciones a la persona a sancionar, quien tendrá un término de diez (10) días para presentarlas.

La resolución que ponga fin a la actuación por renuencia deberá expedirse y notificarse dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta a la solicitud de explicaciones. Contra esta resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la notificación.

Parágrafo. Esta actuación no suspende ni interrumpe el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio que se esté adelantando para establecer la comisión de infracciones a disposiciones administrativas.

ARTÍCULO 22. Remisión de información por parte de otras entidades. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales informará a la Superintendencia de Sociedades todo reporte de actividad sospechosa que indique la presunta realización de conductas típicas establecidas como soborno transnacional.

CAPÍTULO IV

Atribuciones y obligaciones de la Superintendencia

ARTÍCULO 23. Programas de ética empresarial. La Superintendencia de Sociedades promoverá en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia la adopción de programas de transparencia y ética empresarial, de mecanismos internos anticorrupción, de mecanismos y normas internas de auditoría, promoción de la transparencia y de mecanismos de prevención de las conductas señaladas en el artículo 2º de la presente ley.

La Superintendencia determinará las personas jurídicas sujetas a este régimen, teniendo en cuenta criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social.

ARTÍCULO 24. Asistencia jurídica recíproca. Para efecto del desarrollo de las actuaciones administrativas previstas en esta ley, la Superintendencia de Sociedades podrá acudir a los mecanismos de ayuda jurídica recíproca internacional previstos en el artículo 9º de la "Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales" aprobada por la Ley 1573 de 2012.

Para esos efectos podrá solicitar a autoridades extranjeras y organismos internacionales, directamente o por los conductos establecidos, cualquier elemento probatorio o la práctica de diligencias que resulten necesarias, dentro del ámbito de sus competencias.

En la solicitud de asistencia se le informará a la autoridad requerida los datos necesarios para su desarrollo, se precisarán los hechos que motivan la actuación, el objeto, los elementos probatorios, las normas presuntamente violadas, la identidad, ubicación de personas o bienes cuando ello fuere necesario, las instrucciones que convenga observar por la autoridad extranjera y el término concedido para el diligenciamiento de la petición.

ARTÍCULO 25. *Práctica de pruebas en el exterior.* La Superintendencia de Sociedades podrá trasladar funcionarios a territorio extranjero para la práctica de diligencias, con la autorización de las autoridades extranjeras legitimadas para otorgarla, previo aviso de ello al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la representación diplomática acreditada en Colombia del país donde deba surtirse la diligencia.

ARTÍCULO 26. *Prueba trasladada.* Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país y los medios materiales de prueba, podrán trasladarse a la actuación sancionatoria de la Superintendencia mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario. También podrán trasladarse los elementos materiales probatorios o evidencias físicas que la Fiscalía General de la Nación, las víctimas o la defensa hayan descubierto, aun cuando ellos no hayan sido introducidos y controvertidos en la audiencia del juicio y no tengan por consiguiente la calidad de pruebas. Estos elementos materiales probatorios o evidencias físicas deberán ser sometidos a contradicción dentro del proceso sancionatorio administrativo.

Cuando la Superintendencia necesite información acerca de una investigación penal en curso o requiera trasladar a la actuación sancionatoria administrativa elementos materiales probatorios o evidencias físicas que no hayan sido descubiertos, así lo solicitará a la Fiscalía General de la Nación. En cada caso, la Fiscalía evaluará la solicitud y determinará qué información o elementos materiales probatorios o evidencias físicas puede entregar, sin afectar la investigación penal ni poner en riesgo el éxito de la misma.

ARTÍCULO 27. *Convenios interinstitucionales.* La Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia de Sociedades suscribirán los convenios necesarios para intercambiar información y elementos de prueba y para articular sus actuaciones en las investigaciones de su competencia, en cualquiera de las etapas de la investigación.

ARTÍCULO 28. *Remisión de información.* La Fiscalía General de la Nación informará a la Superintendencia de Sociedades toda noticia criminal que sea calificada provisionalmente como soborno transnacional. Esta información deberá ser suministrada inmediatamente después del inicio de la indagación preliminar.

La Superintendencia de Sociedades informará a la Fiscalía General de la Nación de todas las investigaciones que se adelanten en aplicación de esta ley.

ARTÍCULO 29. *Información espontánea a autoridades extranjeras.* La Fiscalía General de la Nación informará, de manera espontánea, a las autoridades judiciales y administrativas de países extranjeros sobre toda noticia criminal que sea calificada provisionalmente como cohecho por dar u ofrecer, donde la conducta bajo investigación

haya sido cometida por los empleados o administradores de una persona jurídica domiciliada en el exterior.

CAPÍTULO V

Disposiciones en materia penal

ARTÍCULO 30. *Soborno transnacional.* El artículo 30 de la Ley 1474 de 2011 quedará así:

Artículo 30. Soborno transnacional. El artículo 433 del Código Penal quedará así:

El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

CAPÍTULO VI

Modificaciones a la ley 1474 de 2011

ARTÍCULO 31. *Inhabilidad para contratar.* El artículo 10 de la Ley 1474 de 2011 quedará así:

Artículo 1º. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en delitos contra la administración pública. El literal j) del numeral 1 del artículo 80 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

ARTÍCULO 32. Responsabilidad de los revisores fiscales. El artículo 7º de la Ley 1474 de 2011 quedará así:

Artículo 7º. Responsabilidad de los revisores fiscales. Adiciónese un numeral 5º al artículo 26 de la Ley 43 de 1990, el cual quedará así:

5. Los revisores fiscales tendrán la obligación de denunciar ante las autoridades penales, disciplinarias y administrativas, los actos de corrupción, así como la presunta realización de un delito contra la administración pública, un delito contra el orden económico y social, o un delito contra el patrimonio económico que hubiere detectado en el ejercicio de su cargo. También deberán poner estos hechos en conocimiento de los órganos sociales y de la administración de la sociedad. Las denuncias correspondientes deberán presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes al momento en que el revisor fiscal hubiere tenido conocimiento de los hechos.

Para los efectos de este artículo, no será aplicable el régimen de secreto profesional que ampara a los revisores fiscales.

ARTÍCULO 33. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. Modifíquese el artículo 2º de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 2º. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. El numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así:

Las personas naturales o jurídicas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, a las alcaldías o al Congreso de la República, con aportes superiores al dos por ciento (2.0%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las personas jurídicas en las cuales el representante legal, los miembros de junta directiva o cualquiera de sus socios controlantes hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones, las alcaldías o al Congreso de la República.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

ARTÍCULO 34. *Funciones adicionales del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción.* Adiciónese al artículo 72 de la Ley 1474 de 2011, los siguientes literales:

g) Solicitar y analizar información de naturaleza pública de las entidades públicas o privadas que ejecuten recursos del Estado o presten un servicio público, y de los sujetos obligados bajo la Ley 1712 de 2014 -Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública-, cuando sea necesario para verificar la transparencia en el manejo de los recursos y la integridad de la administración pública, y generar alertas tempranas, que deberá poner en conocimiento de las autoridades competentes.

h) Dar traslado a los entes de control y a la Fiscalía General de la Nación de presuntos delitos contra la administración pública, delitos contra el orden económico y social, o delitos contra el patrimonio económico, así como infracciones disciplinarias o fiscales, de los que haya tenido conocimiento, y de la documentación o evidencia conducente para la verificación de esos casos.

i) Requerir a las comisiones regionales de moralización adelantar las investigaciones por presuntos delitos contra la administración pública, delitos contra el orden económico y social, delitos contra el patrimonio económico, infracciones disciplinarias o fiscales, de los que haya tenido conocimiento; y formular recomendaciones para prevenir y atacar riesgos sistémicos de corrupción.

CAPÍTULO VII

Derogatorias y vigencia

ARTÍCULO 35. *Medidas contra personas jurídicas.* Modifíquese el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así.

Artículo 34. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

Cuando exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada contra el representante legal o los administradores de una sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes si, con el consentimiento de la persona condenada o con la tolerancia de la misma, dicha sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera se benefició de la comisión de ese delito.

Igualmente, podrá imponer la sanción de publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. También podrá disponer la prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 años.

En esta actuación, la Superintendencia de Sociedades aplicará las normas sobre procedimiento administrativo sancionatorio contenidas en el Capítulo 111 del Título 111 de la Ley 1437 de 2011.

Parágrafo 1°. Para efectos de la graduación de las sanciones monetarias de que trata el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción al interior de la sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera,
- b) la realización de un proceso adecuado de debida diligencia, en caso que la sociedad domiciliada en Colombia o la sucursal de sociedad extranjera haya sido adquirida por un tercero y que
- c) la persona jurídica haya entregado pruebas relacionadas con la comisión de las conductas enunciadas en este artículo por parte de sus administradores o empleados.

Parágrafo 2°. En los casos de soborno transnacional, la Superintendencia de Sociedades aplicará el régimen sancionatorio especial previsto para esa falta administrativa.

ARTÍCULO 36. *Transitorio.* La Superintendencia de Sociedades tendrá un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la entrada en vigencia de esta ley para establecer y poner en funcionamiento la estructura administrativa necesaria para el ejercicio de las competencias aquí previstas. Dentro de ese lapso, deberá expedir las instrucciones administrativas relacionadas con en el artículo 23 de esta Ley.

ARTÍCULO 37. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Proyecto de Ley 51 de 2015 Senado, por medio del cual se adiciona un artículo nuevo al Capítulo VII del Título I del Libro Segundo del Código Penal⁴.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Decreta:

Artículo 1°. Adicionese al Capítulo VII del Título I del Libro Segundo del Código Penal, el siguiente artículo:

Artículo 131 A. Omisión o denegación de urgencias en salud.

⁴ El día 12 del mes de agosto del año 2015 se radicó en la Secretaría General del Senado de Colombia el Proyecto de Ley 51.

El representante legal o empleado de una entidad vigilada por la Superintendencia de Salud que, sin justa causa, omita, impida, retarde o niegue la prestación del servicio de salud a una persona cuya vida se encuentre en estado de inminente peligro, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

Si como consecuencia de la anterior conducta, sobreviene la muerte, la pena de prisión se aumentará hasta en una cuarta parte.

Artículo 2º. Vigencia. Esta ley entrará a regir a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Proyecto de Ley 91 de 2014 Cámara (93 de 2015 Senado), por medio del cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de órganos y se dictan otras disposiciones

El 9 de septiembre de 2014 se radicó ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes el referido Proyecto de Ley. La iniciativa fue publicada en la Gaceta del Congreso número 489 de 2014.

El texto del respectivo proyecto puede consultarse en el siguiente [enlace](#).

III. 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) Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE.

El pasado 7 de marzo de 2016 tuvo lugar la conferencia del Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli, Catedrático acred. de Derecho Penal, sobre “El nuevo delito de acoso: análisis crítico de su tipicidad”. Seminario organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Aula 1A de la Facultad de Derecho, Univ. de León.

(ii) XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

Sobre “**Derecho penal general y de empresa**”. **Junio de 2016**. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña; coords.: Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas y José-Zamyr Vega Gutiérrez y Profs. E. Luzón Campos y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz). Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá (España). Asistencia limitada a la escuela del Prof. Luzón, patronos de la FICP y otros invitados. Además de ponentes y moderadores entre los anteriores, serán ponentes invitados especiales los Profs. Dres. Vittorio Manes (Univ. de Bolonia) y Emilio Cortés Bechiarelli (Univ. de Extremadura).

Se publicarán en la página web de la FICP, en la sección de [Actas de Congresos y Seminarios](#), las Actas del Seminario con las ponencias, debates y comunicaciones.

(iii) XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

Sobre “**Análisis económico del Derecho y Derecho Penal**”. **Jueves 7 y viernes 8 de julio de 2016** (el jueves por la tarde y el viernes por la mañana). 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 serán ponentes invitados los Profs. Dres. Nuno Garoupa (Texas A&M University School of Law), Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Univ. Complutense de Madrid), Pedro Mercado Pacheco (Univ. de Granada) y Juan Antonio García Amado (Univ. de León).

Se admitirán comunicaciones, aunque es posible que no puedan defenderse oralmente (se distribuirán en todo caso entre los asistentes al Seminario).

En fechas próximas se publicarán el cartel y el programa en nuestra web, en la sección de [Próximos cursos](#). Igualmente, en la sección de [Actas de Congresos y Seminarios](#) se publicarán las Actas del Seminario con las ponencias, debates y comunicaciones.

2. Consejo Internacional Científico y de Redacción de Libertas

Desde el nacimiento de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales en junio de 2012 se han incorporado a su Consejo Internacional Científico y de Redacción múltiples penalistas de reconocido prestigio en el ámbito académico y en el mundo de la Justicia en general y procedentes de diversos países del entorno europeo e iberoamericano. Actualmente, el Consejo Internacional Científico y de Redacción de Libertas está compuesto por los siguientes miembros, ordenados alfabéticamente:

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, Catedrático emérito de Derecho Penal. LMU München. Alemania (Socio FICP)

Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. Madrid. España (Presidente de Honor de la FICP. Director de la revista Foro FICP)

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. España (Presidente de Honor de la FICP)

Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo. España (Presidente de la FICP)

Prof. Dra. María Acale Sánchez. Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Cádiz, España. Socia FICP

Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid, España. Socio FICP

Prof. Dr. Germán Aller Maisonnave. Catedrático de Derecho Penal. Univ. de la República, Montevideo, Uruguay. Socio FICP

Prof. Dr. Alejandro David Aponte Cardona. Profesor de Derecho Penal. Univ. Javeriana, Consultor internacional Fiscalía General de la Nación, Bogotá, Colombia. Socio FICP

Prof. Dr. Manuel Aráuz Ulloa. Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Decano de la Facultad CC. Jurídicas. Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua, Managua

Prof. Dr. Julio Emilio Armaza Galdós. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Nacional de San Agustín,

Arequipa, Perú. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Arroyo Zapatero. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha, España. Socio FICP

Prof. Dra. Silvina Bacigalupo Saggese. Catedrática de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid. España. Socia FICP

Sr. D. Francisco María Baena Bocanegra. Director de Bufete Baena Bocanegra, Sevilla, España. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h.c. Miguel Bajo Fernández. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid, España. Socio FICP

Prof. Dra. Soledad Barber Burusco. Patrona FICP. Profesora Titular de Derecho Penal. Univ. Pública de Navarra, Pamplona, España

Prof. Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Jaén, España. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Catedrático de Derecho Penal. Ex Rector. Univ. Salamanca, España. Socio FICP

Prof. Dr. Francisco Javier Boix Reig. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia, España. Socio FICP

Prof. Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar. Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Zaragoza, España. Socio FICP

Prof. Dr. D. Paulo César Busato. Prof. de Derecho Penal y Director do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal, Univ. Federal do Paraná. Procurador de Justiça Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, Brasil. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. André Luis Callegari. Socio fundador de Callegari Advogados, Porto Alegre. Professor de D. Penal Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Brasil. Prof. Invitado en Univs. Coimbra, Externado de Colombia, Autónoma de Madrid. Fundador do Centro de Estudos Iberoamericano de Ciências Penais. Socio FICP

Prof. Dr. Manuel Cancio Meliá. Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid. España

Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu. Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Valencia, España. Socio FICP

Prof. Dr. Dino Carlos Caro Coria. Prof. de Derecho Penal. Pontificia Univ. Católica de Perú, y otras. Abogado Caro & Asociados, Lima, Perú. Socio FICP

Prof. Dr. Andrea R. Castaldo. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salerno, Italia. Socio FICP

Prof. Dr. Raúl Cervini. Catedrático y Director del Dpto. de Derecho Penal de la Univ. Católica de Uruguay y Prof. Titular de Derecho Penal en la Univ. de la República. Montevideo, Uruguay. Socio de la FICP

Prof. Dr. Luis Chiesa. Catedrático de Derecho Penal. Pace University, New York. Director del Buffalo Criminal Law Center (BCLC), de la New York State University, EE.UU. Socio FICP

Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo. Patrona FICP. Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Barcelona, España

Prof. Dr. Faustino Cordón Moreno. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Alcalá, España. Socio FICP

Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli. Catedrático acredit. de Derecho Penal, Director de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal, Univ. de Extremadura, Cáceres, España. Socio FICP

Prof. Dr. Manuel da Costa Andrade. Prof. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Coimbra, Portugal. Socio FICP

Prof. Dra. M^a Luisa Cuerda Arnau. Catedrática de Derecho Penal. Univ. Jaime I, España. Socia FICP

Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Castilla-La Mancha, Fac. de Toledo, España. Socio FICP

Excmo. Sr. Dr. D. Manuel J. Dolz Lago. Fiscal del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, España. Socio FICP

Prof. Dr. Edgardo A. Donna. Catedrático emérito de Derecho Penal. Univ. de Buenos Aires. Director de la Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina. Socio FICP

Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller. Catedrático acredit. de D. Penal. Univ. Carlos III de Madrid, España. Socio FICP

Prof. Dr. Antonio Doval Pais. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante, España. Socio FICP

Prof. Dra. Isabel Durán Seco. Patrona FICP. Prof. Titular acredit. de Derecho Penal. Universidad de León, España

Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana. Catedrática de Derecho Penal. Univ. de La Coruña, España. Socia FICP

Prof. Dr. José F. de Faria Costa. Prof. Catedr. de D. Penal Univ. Coimbra. Provedor de Justiça (Defensor del pueblo) de Portugal. Socio FICP

Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez. Catedrático de la Univ. Autónoma de Madrid, España. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h. c. Jorge de Figueiredo Dias. Prof. Catedrático emér. de Derecho Penal. Coimbra, Portugal. Socio FICP

Prof. Dr. Luigi Foffani. Catedrático de Derecho Penal. Univ. di Modena, Italia. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. César Landelino Franco López. Catedrático Titular de Derecho del Trabajo. Coordinador del Doctorado en Ciencias Penales y de la Maestría en Criminología. Universidad de San Carlos, Guatemala. Asesor legal y abogado. Socio FICP

Prof. Dr. Juan Antonio García Amado. Patrono FICP. Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León, España

Prof. Dra. Mercedes García Arán, Catedrática de Derecho Penal, Univ. Autónoma de Barcelona, España. Socia FICP

Prof. Dr. Nicolás García Rivas. Catedrático de Derecho Penal, Univ. Castilla-La Mancha, España. Socio FICP

Prof. Dr. Juan Luis Gómez Colomer. Catedrático de Derecho Procesal, Univ. Jaime I, España. Socio FICP

Prof. Dr. Víctor Gómez Martín. Patrono FICP. Catedrático acredit. de Derecho Penal. Universidad de Barcelona, España

Prof. Dr. José Luis González Cussac. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Valencia, España. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Luis Gracia Martín. Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Zaragoza, España. Socio FICP

- Prof. Dr. Luis Greco. Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Augsburg, Alemania. Socio FICP
- Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática acredit. de Derecho Civil. Univ. de León, España. Socia FICP
- Prof. Dr. Hernán Hormazábal Malarée. Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Gerona, España. Socio FICP
- Prof. Dra. M^a Ángeles Jareño Leal. Catedrática acredit. de Derecho Penal, Univ. de Valencia, España. Socia de la FICP
- Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer. Patrona FICP. Prof. Titular acredit. de D. Penal. Univ. Pública de Navarra, Pamplona, España
- Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro. Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid, España
- Excmo. Sr. D. Carlos G. Künsemüller Loebenfelder. Prof. Titular de Derecho Penal (Catedrático). Universidad de Chile. Ministro de la Corte Suprema de Chile. Socio FICP
- Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello. Catedrática de Derecho Penal. Univ. de Málaga, España. Socia FICP
- Prof. Dr. Jaime Augusto Lombana Villalba. Patrono FICP. Abogado. Catedr. de Derecho Penal. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia
- Prof. Dr. José Manuel Lorenzo Salgado. Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Santiago de Compostela, España. Socio FICP
- Prof. Dr. Javier Augusto de Luca. Catedrático de D. Penal. UBA: Universidad de Buenos Aires. Fiscal General de la Nación, Argentina. Socio FICP
- Excmo. Sr. D. José María Luzón Cuesta. Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, Madrid, España
- Prof. Dra. María Luisa Maqueda Abreu. Catedrática de Derecho Penal. Univ. de Granada, España. Socia FICP
- Prof. Dr. Germano Marques de Silva. Prof. catedr. de Derecho Penal. Univ. Católica de Lisboa, Portugal. Socio FICP
- Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta. Magistrado de la Sala 2^a del Tribunal Supremo, España. Socio FICP
- Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez. Catedrático de Derecho Penal. Univ. de A Coruña, España. Socio FICP
- Prof. Dr. Ricardo M. Mata y Martín. Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Valladolid, España. Socio FICP
- Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. Magistrado de la Sala 2^a del Tribunal Supremo, España. Socio FICP
- Prof. Dr. D. Fernando Miró Llinares, Catedrático acredit. D. Penal, Director del Centro Crímina. Univ. Miguel Hernández de Elche, Alicante, España. Socio FICP
- Prof. Dr. Sergio Moccia, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Nápoles Federico II, Italia. Socio FICP
- Excmo. Sr. D. Eduardo Montealegre Lynett. Patrono FICP. Fiscal General de la República y Ex presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Catedrático D. Penal Univ. Externado, Bogotá, Colombia
- Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Magistrado de la Sala 2^a del Tribunal Supremo. España. Socio FICP

Prof. Dra. María Asunción Moreno Castillo. Patrona FICP. Catedrática de Derecho Penal. Directora de Postgrados. Facultad CC. Jurídicas. Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua, Managua

Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández. Catedrático de D. Penal. INACIPE, CePolCrim, México. Presidente Academia Mexicana CC. Penales. Socio FICP

Prof. Dr. Víctor Moreno Catena. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid, España. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva. Catedrático de D. Penal. Ex Rector. Univ. Granada, España. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Pablo Olavide de Sevilla, España. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h. c. Enzo Musco. Catedrático de Derecho Penal. Univ. di Roma 2, Tor Vergata, Italia. Socio FICP

Prof. Dr. Miguel Ángel Núñez Paz. Catedrático acredit. de Derecho Penal. Univ. de Huelva, España. Socio FICP

Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales. Patrona FICP. Catedrática de Derecho Penal. Univ. Pública de Navarra, Pamplona, España

Prof. Dr. Miguel Olmedo Cardenete. Decano de la Facultad de Derecho y Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Granada, España. Socio de la FICP

Excmo. Sr. D. Juan Cesáreo Ortiz Úrculo. Socio Principal de Cremades & Calvo Sotelo Abogados. Ex Fiscal General del Estado. Ex Fiscal de Sala Jefe de la

Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, España. Socio FICP

Prof. Dra. María Fernanda da Palma Pereira. Prof. Catedrática de Derecho Penal. Universidade de Lisboa, Portugal. Socia FICP

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón. Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo, España

Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos. Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid, España

Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda. Catedrática acredit. de Derecho Penal. Univ. Salamanca, España. Socia FICP

Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras. Catedrático de Derecho Penal, Univ. Jaén, España. Socio FICP

Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolívar. Magistrado excedente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, España. Abogado. Socio FICP

Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Barcelona, España. Socio FICP

Prof. Dr. Ramon Ragués Vallès. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Pompeu Fabra, Barcelona, España. Socio FICP

Prof. Dr. Miguel Reale Jr. Catedrático emér. de Derecho Penal. Univ. de São Paulo. Ex Ministro de Justicia. Socio director de M. Reale Jr. Advogados, São Paulo. Presidente del IEC, Canela, Rio Grande do Sul. Brasil. Socio FICP

Prof. Dr. Rafael Rebollo Vargas. Catedrático acr. de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona, España. Socio FICP

- Prof. Dr. Luiz Regis Prado. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Estadual de Maringá, Paraná, Brasil. Director de la Consultoría Regis Prado. Socio FICP
- Prof. Dr. Ricardo Robles Planas. Catedrático acr. de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Socio FICP
- Prof. Dr. Óscar Rodríguez Kennedy. Prof. Titular (Catedrático) y Responsable del Área Penal de la Facultad de Derecho. Director del Instituto de investigación de Ciencias Penales, UNA: Univ. Nacional de Asunción. Paraguay. Socio FICP
- Prof. Dr. Luis Rodríguez Ramos. Catedrático de Derecho Penal, Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED; jubilado). Fundador y Director de Rodríguez Ramos Abogados, Madrid, España. Socio FICP
- Prof. Dr. Bernardo del Rosal Blasco, Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Alicante, España. Socio FICP
- Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas. Patrona FICP. Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid, España
- Prof. Dra. María Ángeles Rueda Martín. Catedrática acredit. de Derecho Penal. Univ. de Zaragoza, España. Socia FICP
- Prof. Dr. José Antonio Sainz-Cantero Caparrós, Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Almería, España. Socio FICP
- Excmo. Sr. D. Jorge Luis Salas Arenas, Magistrado de la Corte Suprema, Lima. Perú. Socio FICP
- Prof. Dr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro. Catedrático acredit. de Derecho Penal. Univ. La Laguna, España. Socio FICP
- Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. Catedrático acredit. de D. Penal. Univ. de Navarra, Pamplona, España. Socio FICP
- Prof. Dra. María Conceição Santana Valdágua. Prof. de D. Penal Univ. Lusíada de Lisboa. Portugal. Socia FICP
- Prof. Dr. Ángel José Sanz Morán. Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid, España
- Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann, Catedrático de D. penal. Univ. München, Alemania. Socio FICP
- Prof. Dr. José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, Catedrático de D. Penal, Univ. de Castilla-La Mancha, Fac. de Derecho de Toledo (jubilado), España. Socio FICP
- Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Jesús María Silva Sánchez. Catedrático de Derecho Penal. Univ. Pompeu Fabra, Barcelona, España. Socio FICP
- Prof. Dr. Esteban Sola Reche. Catedrático de Derecho Penal. Univ. de La Laguna, España. Socio FICP
- Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta. Patrono FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia
- Prof. Dr. José María Suárez López. Catedrático acredit. de Derecho Penal. Subdirector de la Sección de Granada del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (IAIC). Univ. de Granada, España. Presidente del Comité Andaluz de Disciplina Deportiva. Socio FICP
- Prof. Dr. Alberto Suárez Sánchez. Patrono FICP. Abogado. Catedr. de Derecho Penal. Univ. Externado, Bogotá. Colombia.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Juarez Tavares Catedrático de Derecho Penal, Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil. Socio FICP

Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante, Fiscal de Sala en el Tribunal Constitucional, Ex-Fiscal General del Estado, Madrid, España

Prof. Dra. María A. Trapero Barreales. Patrona FICP. Catedrática acred. de Derecho Penal. Universidad de León, España

Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez, Catedrático y Director del Dpto. de Derecho Penal, Univ. Sergio Arboleda, Bogotá-Medellín, Colombia. Socio FICP

Prof. Dr. Jürgen Wolter, Catedrático de D. penal. Univ. Mannheim, Alemania. Director de la revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Socio FICP

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Eug. Raúl Zaffaroni. Ministro de la Corte Suprema de Argentina. Catedrático emérito de Derecho Penal. Univ. de Buenos Aires, Argentina. Socio FICP

Prof. Dra. Marta Zubiaur González. Catedrática acred. de Educación Física y Deportiva (Psicología). Univ. de León, España. Socia FICP

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)*

- 26 de enero de 2016. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, Facultad de Derecho, Sala Albert Calsamiglia. Acto de lectura y defensa de la tesis doctoral de D.^a Lorena Varela*, investigadora contratada de la UPF y socia de la FICP, titulada “Norma e imputación en el conocimiento del tipo” y dirigida por el Prof. Dr. David Felip i Saborit.

El Tribunal, presidido por el Prof. Dr. Fernando Molina Fernández, e integrado por la Prof. Dra. Ujala Joshi Jubert (Vocal) y el Prof. Dr. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Secretario), otorgó la máxima calificación de sobresaliente con la mención de “*cum laude*”.

* Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.



De izq. a dcha., los Profs. Dres. Ujala Joshi Jubert, Fernando Molina Fernández, la Dra. Lorena Varela* y los Profs. Dres. David Felip i Saborit e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

- 29 de enero de 2016. Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Paraninfo. Lectura y defensa de la tesis doctoral (con mención europea) de D. Ignacio Lledó Benito “La estafa de inversores”, dirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*.

El Tribunal juzgador, presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (presidente), e integrado por los vocales Profs. Dres. Luigi Foffani*, José M.^a Suárez López*, M.^a José Jiménez Díaz y Fátima Pérez Ferrer* le otorgó la calificación de Sobresaliente. Mención: “*cum laude*”.

2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

(i) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos):

- 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*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, RDPyC (La Ley-Thomson, Buenos Aires), 2015-4, pp. 3-13.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades, en Anatomía do Crime/Anatomy of Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais/Journal of Law and Crime

Sciences. Edições Almedina/Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais, Univ. Lisboa, 0, 2014, pp. 27-43.

- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades, Alerta Informativa 2014, Lima, Alerta Eds., pp. 27-48.
- 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, actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant, 2015.

(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Álvarez García, F. Javier* (dir.)/Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli/Ventura Püschel, Arturo (coords.), Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. T.IV: Delitos contra la Constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Arroyo Zapatero, Luis* (dir.)/ Nieto Martín, Adán (coord.), El Derecho penal económico en la era compliance, Valencia, Tirant, 2013.
- Arroyo Zapatero, Luis*/Nieto Martín, Adán/Schabas, W. (eds.)/García Moreno, B. (coord.), Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria, Cuenca, Edics. UCLM, 2014.
- Bajo Fernández, Miguel*/ Feijoo Sánchez, Bernardo J.*/ 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., Editorial Civitas, Madrid, 2016.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (dir.)*/Pérez Cepeda, Ana*/Zúñiga Rodríguez, Laura, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, t. I: Introducción al Derecho Penal, 2.ª ed., Madrid, Iustel, 2015.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (dir.)*/Pérez Cepeda, Ana*/Zúñiga Rodríguez, Laura/Sanz Mulas, Nieves/Fernández García, Julio, Lecciones y

materiales para el estudio del Derecho penal, t. VI: Derecho penitenciario, 2.^a ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.

- Boix Reig, Javier* (dir.)/García Rivas, Nicolás*/Juanatey Dorado, Carmen/Jareño Leal, Ángeles*/Doval Pais, Antonio*/Lloria García, P./Anarte Borraro, E./Grima Lizandra, V./Aguado López, S., Derecho penal. Parte Especial. Vol I: La protección penal de los intereses jurídicos personales, 2.^a ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Busato, Paulo César*, Direito Penal, Parte Geral, 1.^a ed., São Paulo, Atlas, 2013.
- Busato, Paulo César*, Derecho penal y acción significativa, 3.^a ed. Buenos Aires: Didot, 2013.
- Busato, Paulo César*, Fundamentos para um sistema penal democrático. 4.^a ed., São Paulo, Atlas, 2013.
- Busato, Paulo César* (org.), Direito Penal baseado em casos, vol. I: Fundamentos de Direito penal, Curitiba, Juruá, 2013.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina*/Cardenal Montraveta, Sergi*/Gallego Soler, José Ignacio*/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, actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant, 2015.
- Demetrio Crespo, Eduardo*, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal: t. II: Teoría del delito, 2.^a ed., Madrid, Iustel, 2015.
- 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, 2.^a ed., Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2016.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Delito de tráfico de influencias del art. 429 CP: características, Diario La Ley, 8661, 9 de diciembre de 2015, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Parquesol. Suministro de información privilegiada: Interpretación del tipo delictivo del art. 285.1 CP, Diario La Ley, 8661, 9 de diciembre de 2015, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Falsificación de meras fotocopias no compulsadas de documentos públicos u oficiales: calificación jurídica:

¿falsificación de documento privado o de documento público u oficial, Diario La Ley, 8661, 9 de diciembre de 2015, Sección comentarios de jurisprudencia penal.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas: efecto extintivo al ser absuelta por inexistencia de delito la persona física o representante que ha actuado en nombre de la sociedad, Diario La Ley, 8661, 9 de diciembre de 2015, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso «interés superior del menor y malas sentencias». Abuso sexual a una menor de cuatro años de edad, Diario La Ley, 8678, 11 de enero de 2016, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso «Club de cannabis». Delito contra la salud pública. Cultivo compartido y consumo individual, Diario La Ley, 8678, 11 de enero de 2016, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Medida cautelar privativa de libertad y enajenación mental en causa penal, Diario La Ley, 8678, 11 de enero de 2016, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso «Contaminación por gases de efecto invernadero». Delito ecológico: emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono, Diario La Ley, 8678, 11 de enero de 2016, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso «Buque Prestige»: el TS condena al capitán por delito contra el medio ambiente agravado por deterioro catastrófico, Diario La Ley, 8710, 25 de febrero de 2016, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Discurso del odio: delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación o menosprecio a sus víctimas, Diario La Ley, 8710, 25 de febrero de 2016, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Tentativa inacabada de homicidio: violencia de género, Diario La Ley, 8710, 25 de febrero de 2016, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Asesinato de un abogado en manos de su cliente: inexistencia de vulneración del derecho de defensa, Diario La Ley, 8710, 25 de febrero de 2016, Sección comentarios de jurisprudencia penal.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Oído a los delitos de odio (Algunas cuestiones claves sobre de la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015), Diario La Ley, 8710, 1 de marzo de 2016, Sección doctrina.

- de Faria Costa, José, Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris ponalis), 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Edit., 2012.
- Frisch, Wolfgang, La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Estudio preliminar de Ricardo Robles Planas*. Trad. De Ivó Coca Vila*, Barcelona, Atelier, 2015.
- Gracia Martín, Luis*/Boldova Pasamar, Miguel Ángel*/Alastuey Dobón, Carmen, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Greco, Luis*, Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- Landecho Velasco, Carlos María/Molina Blázquez, Concepción*, Derecho penal español, Parte General, 9.ª ed. Madrid, Tecnos, 2015.
- Luzón Cuesta, José María*, Compendio de Derecho Penal, Parte General, 22.ª ed., Madrid, Dykinson, 2015.
- Luzón Cuesta, José María*/con colaborac. de Alejandro y María Luzón Cánovas, Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, 19.ª ed., Madrid, Dykinson, 2015.
- Maqueda Abreu, María Luisa*/Laurenzo Copello, Patricia*, El Derecho penal en casos. Parte General. Teoría y práctica, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Mata y Martín, Ricardo M.*, Fundamentos del sistema penitenciario, Editorial Tecnos, Madrid, 2016.
- Monge Fernández, Antonia*, El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Sistema de Derecho Penal, Parte General, I: Fundamentos conceptuales y metodológicos del DP. Ley penal, 3.ª ed., Madrid, Dykinson, 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo* (dir.)/Benítez Ortúzar, Ignacio F.*/del Rosal Blasco, Bernardo*/Olmedo Cardenete, Miguel/Peris Riera, Jaime/Sainz-Cantero Caparrós, José Eduardo*, Sistema de Derecho Penal, Parte Especial, 2.ª ed. 2016.
- Muñoz Conde, Francisco*/García Arán, Mercedes*, Derecho Penal, Parte General, 9.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Muñoz Conde, Francisco*, Derecho Penal, Parte Especial, 20ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Orts Berenguer, E./ González Cussac, José Luis*, Compendio de Derecho penal. Parte General, 5.ª ed., Valencia, Tirant, 2015.
- da Palma, M. Fernanda*, Direito Penal, Parte Geral. A teoria geral da infracção como teoría da decisão penal, Lisboa, aafdl, 2013.
- da Palma, M. Fernanda*/Silva Dias, Augusto/de Sousa Mendes, Paulo* (coords.), Emoções e Crime. Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal, Coimbra, Almedina, 2013.
- Pérez del Valle, Carlos*, La imprudencia en Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente, Barcelona, Atelier, 2012.
- Porciúncula Neto, José Carlos*, Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal. Hacia la “exteriorización de lo interno”, pról. S. Mir; presentac. J. Silva, Barcelona, Atelier, 2014.
- Regis Prado, Luiz*/Mendes de Carvalho, Érika y Gisele, Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral e Parte Especial, 14.ª ed., São Paulo, RT (Editora Revista dos Tribunais), 2015.
- Regis Prado, Luiz*, Tratado de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral e Parte Especial, t. 1-9, 1.ª ed., São Paulo, RT, 2013.
- Robles Planas, Ricardo*, Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2014.
- Rodríguez Ramos, Luis* (dir.)/ Martínez Guerra, A (coord.), Rodríguez-Ramos Landarria, G./Rodríguez de Miguel, J./ Colin, P., Código Penal Comentado con jurisprudencia, 5.ª ed., Madrid, La Ley, 2015.
- Roldán Barbero, Horacio*, Introducción a la investigación criminológica 3.ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Romeo Casabona, Carlos Mª/Sola Reche, Esteban*/Boldova Pasamar, Miguel Ángel* (coords.)/ Alastuey, C./Escuchurri, E./Flores, F./Hernández, J. U./Navarro, I./Romeo, S./Rueda Martín, Mª Ángeles*/Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme*/Urruela Mora, Asier*/Vizueta, J., Derecho Penal, Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito, Granada, Comares, 2013.
- Sánchez-Ostiz, Pablo*, La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación, Barcelona, Atelier, 2014.

- Sánchez-Ostiz, Pablo*/Íñigo Cooroza, Elena/con colabor: Balmaceda, J./ Goena Vives, Beatriz*/ di Piero, C./Vílchez, R., *Delictum 2.0. Materiales para clases prácticas de introducción a la Teoría general del delito*, Navarra, Thomson R.-Aranzadi, 2013.
- Silva Sánchez, Jesús María*, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2.^a ed., Madrid/Buenos Aires-Montevideo, Edisofer/B de F, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María* (dir.)/Ragués i Vallès, Ramon* (coord.)/Castiñeira, T./Felip, D./Benlloch, G./Robles Planas, Ricardo*/Pastor, N./Ortiz de Urbina, I./Montaner, R./Llobet, M./Estrada i Cuadras, Albert*/Coca Vila, Ivó*, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 4.^a ed. Adaptada a la LO 1/2015 de reforma del CP, Barcelona, Atelier, 2015.

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)*

- 27 agosto 2015. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: “Liberdade e culpabilidade / Libertad y culpabilidad”. Conferencia para docentes y estudiantes organizada por el Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Brasil. Sala da Congregaçao, Faculdade de Direito, Univ. de São Paulo.
- 28 de agosto de 2015. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: “Liberdade e culpabilidade / Libertad y culpabilidad”. Congreso: “21º Seminário Internacional de Ciências Criminais”, organizado por el IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Crininais, 25-28 agosto 2015. Hotel Tivoli Mofarrej, São Paulo – Brasil.
- 7 de septiembre de 2015. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: “La supresión de las faltas y su conversión en delitos o en ilícitos extrapenales”. Curso de Verano “El Código Penal reformado a debate” (dir.: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Morillas Cueva), organizado por la Universidad Internacional de Andalucía. 7-10 septiembre de 2015. Campus Antonio Machado de Baeza, Huelva (España).
- 27 de noviembre de 2015. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: “Delitos improprios de omisión o de comisión por omisión”. Ciclo conferencias sobre “Delitos de omisión”, organizado por el área de D. Penal de la

Univ. de Jaén (dir.: Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras. 2.^a conferenciante la Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda).

- 11 de enero de 2016. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: “La comisión por omisión”. Conferencia inaugural en el Master en Derecho Penal, UAM (dirs.: Profs. Dres. E. Peñaranda y M. Pérez Manzano), Fac. Derecho, Univ. Autónoma de Madrid.
- 28 de enero de 2016. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: “Tentativa e iter criminis”. XXXVIII Curso de Especialización en Derecho Penal, Univ. Salamanca (dirs. del programa sobre “Actualización en teoría jurídica del delito: ¿garantía vs. eficacia?”: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda), 13-29 de enero de 2016. Univ. Salamanca, Auditorio Fonseca.

b) *Socios (con asterisco los socios)*

- 7-10 de septiembre de 2015. Con motivo de la celebración del Curso de Verano “El Código Penal reformado a debate”, organizado por la Univ. Internacional de Andalucía (dir.: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*) en Baeza, Huelva (España), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
 - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*: “Política criminal de la reforma. Criterios generales”.
 - Ponencias del Prof. Dr. José María Suárez López*: “Delitos contra la libertad sexual, indemnidad sexual e intimidad” y “Delitos contra la Administración Pública y de Justicia”.
 - Ponencia del Prof. Dr. Ignacio Benítez Ortúzar*: “Delitos contra el patrimonio y orden socioeconómicos”.
 - Ponencia del Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García*: “Delitos de atentados, resistencia y desobediencia”.
 - Ponencia de la Prof. Dra. María Luisa Cuerda Arnau*: “Delitos de terrorismo”.
- 25-28 de agosto de 2015. Con motivo de la celebración del 21º Seminario Internacional de Ciências Criminais, organizado por el IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais en São Paulo (Brasil), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
 - Ponencia del Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu*: “A crise do garantismo penal / La crisis del garantismo penal”.

- Ponencia de la Prof. Dra. Carolina Bolea Bardon*: “Autoria e participação no ambiente empresarial / Autoría y participación en el ambiente empresarial”.
- Ponencia del Prof. Dr. Ricardo Robles Planas*: “Princípios e estruturas da imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica / Principios y estructuras de la imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica”.
- Participación del Prof. Dr. Paulo César Busato* en el panel “Mecanismo de prevenção da criminalidade económica / Mecanismos de prevención de la criminalidad económica”.
- 27 de enero de 2016. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde*: “Guerra al terrorismo y Derecho de guerra”. XXXVIII Curso de Especialización en Derecho Penal, Univ. Salamanca (dirs. del programa sobre “Actualización en teoría jurídica del delito: ¿garantía vs. eficacia?”: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda*), 13-29 de enero de 2016. Univ. Salamanca, Auditorio Fonseca.
- 4 de febrero de 2016. Con motivo de la Jornada “¿Hacia una nueva política criminal en materia de drogas?”, organizada por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona, el Instituto de Investigación TransJus y el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (OSPDH) en Barcelona (España), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
 - Ponencia del Prof. Dr. Germán Aller*: “La regulación en EEUU y Uruguay. La regulación del mercado y el derecho a la salud. ¿Objetivos excluyentes o complementarios?”.
 - Ponencia de la Prof. Dra. Silvia Fernández Bautista*: “Los denominados Clubes cannábicos: ¿una conducta atípica?”.
- 3 de marzo de 2016. Ponencia del Prof. Dr. Ricardo Mata y Martín*: “La reforma penal de 2015 y su incidencia penitenciaria”. Jornadas Penitenciarias “Sistema penitenciario, derechos fundamentales y reforma penal”. Organizadas por el Grupo de Investigación Reconocido “Derecho de las Nuevas tecnologías y delincuencia informática” de la Facultad de Derecho de la Univ. de Valladolid. Valladolid (España).
- 7 de marzo de 2016. Conferencia del Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli*: “El nuevo delito de acoso: análisis crítico de su tipicidad”. Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE. Organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Facultad de Derecho, Univ. de León.

- 10 de marzo de 2016. Moderación del Prof. Dr. Joan Josep Queralt* de la mesa de inauguración de las Jornadas “15 años del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos”. Organizadas por la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrado de la Univ. de Barcelona, así como por el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (OSPDH). Barcelona (España).
- 11 y 12 de marzo de 2016. Con motivo del XVII Congreso de Justicia Penal de la Universidad de Huelva, Encuentro hispano-italo-iberoamericano de Derecho Penal económico y tributario, organizado por la Univ. de Huelva y LUISS de Roma en Huelva (España), tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
 - Participación de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y Enzo Musco* y el Prof. Dr. Antonio Obregón García* en la mesa dedicada a “Los bienes jurídicos en los delitos socioeconómicos”.
 - Participación de los Profs. Dres. José Luis González Cussac* y Luigi Foffani* en la mesa dedicada a la “Administración desleal”.
 - Participación del Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli* en la mesa dedicada a “El delito de defraudación tributaria y contra la Seguridad Social”.
 - Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde* en la mesa dedicada a la “Economía, política y Derecho penal”.
- 28 de abril de 2016. Ponencia del Prof. Dr. Ricardo Mata y Martín*: “Algunas consecuencias penitenciarias de la reforma del Código Penal”. Jornadas Penitenciarias Internacionales “Las reformas penitenciarias: de la ley penitenciaria de 1979 a la reforma del Código Penal de 2015 y las necesidades de futuro”. Organizadas por el Grupo de Investigación Reconocido “Derecho de las Nuevas tecnologías y delincuencia informática” de la Facultad de Derecho de la Univ. de Valladolid. Valladolid (España).

(ii) Organización de congresos, seminarios y cursos:

a) *Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)*

- **XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre “Derecho penal general y de empresa”.**

Junio de 2016. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*; coords.: Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas* y José-Zamyr Vega Gutiérrez y Profs. E. Luzón Campos* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz). Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá (España). Asistencia limitada a la escuela del Prof. Luzón, patronos de la FICP y otros invitados. Además de ponentes y moderadores entre los anteriores,

serán ponentes invitados especiales los Profs. Dres. Vittorio Manes (Univ. de Bolonia) y Emilio Cortés Bechiarelli (Univ. de Extremadura).

Se publicarán en la página web de la FICP, en la sección de [Actas de Congresos y Seminarios](#), las Actas del Seminario con las ponencias, debates y comunicaciones.

- **XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, sobre “Análisis económico del Derecho y Derecho Penal”.**

Jueves 7 y viernes 8 de julio de 2016 (el jueves por la tarde y el viernes por la mañana). Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP. Facultad de Derecho, Univ. de León (dirs.: los patronos Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, respectivamente). Este año serán ponentes invitados los Profs. Dres. Nuno Garoupa (Texas A&M University School of Law), Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Univ. Complutense de Madrid), Pedro Mercado Pacheco (Univ. de Granada) y Juan Antonio García Amado* (Univ. de León).

Se admitirán comunicaciones, aunque es posible que no puedan defenderse oralmente (se distribuirán en todo caso entre los asistentes al Seminario).

En fechas próximas se publicarán el cartel y el programa en nuestra web en la sección de [Próximos cursos](#). Igualmente, en la sección de [Actas de Congresos y Seminarios](#) se publicarán las Actas del Seminario con las ponencias, debates y comunicaciones.

b) Socios (con asterisco los socios)

- **Curso de Verano “El Código Penal reformado a debate”**

7-10 de septiembre de 2015. Organizado por la Univ. Internacional de Andalucía. Director: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Catedrático de Derecho Penal. Campus Antonio Machado de Baeza, Huelva (España).

- **XXXVIII Curso de Especialización en Derecho**

13-29 de enero de 2016. Organizado por la Fundación General de la Univ. de Salamanca. Directores del programa sobre “Actualización en teoría jurídica del delito: ¿garantía vs. eficacia?”: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda*, Catedráticos ambos de Derecho Penal. Salamanca (España).

- **Jornadas “¿Hacia una nueva política criminal en materia de drogas?”**

4 de febrero de 2016. Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona. Organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona, el Instituto de Investigación

TransJus y el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (OSPDH).
Directores: los Profs. Dres. Joan J. Queralt*, Catedrático de Derecho Penal y Director del TransJus, e Iñaki Rivera, Profesor Titular de Derecho Penal y Director de OSPDH.

- **Jornadas Penitenciarias “Sistema penitenciario, derechos fundamentales y reforma penal”**

3-4 de marzo de 2016. Dirección y coordinación: respectivamente, los Profs. Dres. Ricardo M. Mata y Martín*, Catedrático de Derecho Penal, y Antonio Javato Martín*, Prof. Titular acred. Organizado por el Grupo de Investigación Reconocido “Derecho de las Nuevas tecnologías y delincuencia informática” de la Facultad de Derecho de la Univ. de Valladolid. Valladolid (España).

- **Jornadas Penitenciarias Internacionales “Las reformas penitenciarias: de la ley penitenciaria de 1979 a la reforma del Código Penal de 2015 y las necesidades de futuro”**

28-29 de abril de 2016. Director y coordinación: respectivamente, los Profs. Dres. Ricardo M. Mata y Martín*, Catedrático de Derecho Penal, y Antonio Javato Martín*, Prof. Titular acred. Organizado por el Grupo de Investigación Reconocido “Derecho de las Nuevas tecnologías y delincuencia informática” de la Facultad de Derecho de la Univ. de Valladolid. Valladolid (España).

Pueden obtener más información sobre el programa y la posibilidad de presentar comunicaciones [aquí](#), así como mediante correo electrónico dirigido a javato@der.uva.es. Aforo limitado. Matrícula hasta el 26 de abril.

- **Mesa Redonda “Odio, violencia y delito en las redes sociales: ¿Cuánto, cuándo, cómo, por qué?”**

29 de abril de 2016. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, UIC Barcelona. Organizada por la UIC Barcelona, en colaboración con el Centro CRIMINA a través del proyecto CiberHache. En el acto se presentará el nuevo Máster sobre Ciberdelincuencia, dirigido por el Prof. Dr. José Ramón Agustina Sanllehí*, Prof. Titular acred. de Derecho Penal.

Pueden obtener más información sobre el programa [aquí](#). La inscripción a este acto es gratuita, pero por limitaciones del aforo las plazas se asignarán por riguroso orden de inscripción mediante [el siguiente enlace](#).

- **XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre “Derecho penal general y de empresa”**

Junio de 2016. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña; coords.: Profs.

Dres. Raquel Roso Cañadillas y José-Zamyr Vega Gutiérrez* y Profs. E. Luzón Campos y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*). Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá (España). Asistencia limitada a la escuela del Prof. Luzón, patronos de la FICP y otros invitados. Además de ponentes y moderadores entre los anteriores, serán ponentes invitados especiales los Profs. Dres. Vittorio Manes (Univ. de Bolonia) y Emilio Cortés Bechiarelli* (Univ. de Extremadura).

Se publicarán en la página web de la FICP, en la sección de [Actas de Congresos y Seminarios](#), las Actas del Seminario con las ponencias, debates y comunicaciones.

▪ **XXXIX Curso de Especialización en Derecho**

8-24 de junio de 2016. Organizado por la Fundación General de la Univ. de Salamanca. Directores del programa sobre “Derecho Penal, parte especial: nueva delincuencia”: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda*, Catedráticos ambos de Derecho Penal. Salamanca (España). Salamanca (España).

Pueden obtener más información sobre el evento en [el siguiente enlace](#).