

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2014-1

(abril 2014)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMARIO

I.	TRIBUNA (para los miembros de la FICP)	5
1.	Opinión, reflexión y debate	5
	<i>Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva</i>	5
	Reflexiones críticas sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana	
	<i>Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García</i>	15
	Una reforma contra la seguridad democrática	
	<i>Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez</i>	17
	Corrupción y justicia	
	Exposición de motivos de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.	19
	Declaración del Presidente del CAPI ante la supresión de la Justicia Universal por parte del Gobierno de España	22
2.	Estudios	24
	<i>Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig</i>	24
	Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad	
	<i>Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago</i>	32
	El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro	
	<i>Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago</i>	54
	Pruebas de ADN en el proceso penal: crónica de una muerte anunciada gracias a la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS que desconoce lo que es el ADN no codificante	
	<i>Prof. Dra. Mª Dolores Machado Ruiz</i>	60
	Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos	
	<i>Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez</i>	84
	La prohibición de las guerras de agresión	
	<i>Prof. Paz Francés Lecumberri</i>	115
	El nuevo artículo 433 bis. Un ejemplo de Derecho penal simbólico. Dudas y claves para su interpretación a la luz del art. 290 CP	
	<i>Sr. D. Javier Sánchez Bernal</i>	131
	Efectos endémicos de la corrupción sistémica: una barrera al desarrollo	
II.	LEGISLACIÓN	165
	Nueva regulación de la LOPJ española sobre el principio de Justicia universal y el de personalidad o nacionalidad tras reforma efectuada por la LO 1/2014, de 13 de marzo	165
III.	NOTICIAS DE LA FICP	172
1.	Seminarios y cursos	172
2.	Campaña de difusión	173
IV.	NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP	174
1.	Distinciones, galardones; grados académicos	174
2.	Libros y artículos recientes de miembros de la FICP	174
3.	Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP	177

I. TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

Reflexiones críticas sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana

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

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

No es sencillo escribir sobre una propuesta de Texto legal que se encuentra en los orígenes de su tramitación y que, sin embargo, ha sido ya profundamente contestada por los más diversos sectores de la sociedad española, a través de pronunciamientos mediáticos de especial interés, de fundamentadas observaciones de relevantes especialistas en la materia, de núcleos representativos de la ciudadanía o de informes de Instituciones referentes en el ámbito jurídico del propio Estado –como es el Consejo Fiscal o el Consejo General del Poder Judicial–. Ello ha llevado paralelamente a inmediatas modificaciones del texto original, de una especial severidad, al presentado para su aprobación al Consejo de Ministros y la parece que promesa gubernamental de una adecuación futura a los requerimientos críticos, al menos a algunos de ellos, reflejados en los informes citados. Cuestión esta que se me antoja, aunque sea algo precipitado hacer dicha afirmación al inicio de este escrito pero que consolidaré con los renglones posteriores, imprescindible.

Verdaderamente el binomio libertad-seguridad, lo precisaría más libertad-garantías-seguridad, es una de las cuestiones más debatidas y conflictivas en la moderna sociedad mal llamada de riesgo, en su más negativa acepción. No cabe duda que la seguridad ciudadana es una relevante exigencia jurídica que, como tal y como protección de la estructura social tiene que ser reconocida en el ámbito del derecho, como lo hace la propia Constitución Española, que le otorga un carácter de bien jurídico protegido para su concreción protectora por los diversos sectores del ordenamiento jurídico. Sin embargo, tal alcance obviamente no es absoluto sino que tiene que estar

equilibrado con otros bienes e intereses sociales, con derechos y libertades proclamados por el propio texto constitucional. El reconocido principio de interpretación unitaria de la Constitución precisa de una interpretación equilibrada de respeto a aquellos y de soluciones ponderadas en caso de posibles conflictos competenciales entre sí.

Ante la falta, al menos hasta el momento, de una definición auténtica de seguridad ciudadana¹, clara y diferenciadora conceptualmente de otras figuras afines, a la que incluso la propia Constitución deriva hacia el desarrollo pragmático de las competencias en materia policial, hay que situarla desde semejante perspectiva. En tal sentido, su artículo 104 es relevante cuando afirma que “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana”.

Lo primero a plantear con tales limitaciones y posiblemente la más sobresaliente, es la no existencia de una definición, a pesar de lo que diga el Anteproyecto, verdaderamente material, encuadrada en los parámetros garantistas de libertades y derechos en un Estado social y democrático de Derecho, que sea referente material de su contenido y suponga un punto de arranque claro y decisivo de valoración constitucional del desarrollo legislativo, en este caso, del propio Anteproyecto. Lo segundo, y como derivación de lo anterior es situar, en los términos actuales de la cuestión, el nivel de incidencia de la protección de la seguridad ciudadana en su encaje con la protección real y asimismo material del libre ejercicio de derechos y libertades, tales como el derecho de manifestación o las libertades de expresión y crítica al propio sistema, por citar algunas de las más resaltadas para su limitación por el Anteproyecto.

Tal necesario equilibrio entre ambos parámetros de un mismo todo –la seguridad ciudadana no ha de utilizarse como un fin social, que lo es constitucionalmente admitido, absoluto, prevalente y neutralizador de derechos y libertades sino como

¹ El Anteproyecto se aventura a ofrecer una definición de seguridad ciudadana, en el artículo 1.1: “es una condición esencial para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las leyes”. Descriptiva, escasamente aclaratoria, apoyada en otros conceptos no delimitados y que se me antoja más que como una salvaguarda garantizadora de derechos una estructura limitadora de muchos de ellos a los que dice defender. Tampoco ayuda excesivamente a su comprensión, sino todo lo contrario, el contenido complementario del número 2 del artículo en cita, “la ley tiene por objeto la regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad jurídica, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos”. Ambigua utilización gramatical de términos al menos confusos y de compleja interpretación, como puede ser el de tranquilidad de los ciudadanos, todavía más complicado y subjetivo que el de seguridad.

objetivo social para la consolidación y respeto a los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos– ha de conseguir la eficacia del sistema garantista de derechos y libertades donde la estructura de seguridad sea el instrumento para defender a aquellos y no al contrario.

De la lectura de la Exposición de Motivos del Anteproyecto y, sobre todo, de los fines contenidos en el artículo 3² pudiera pensarse que se está verdaderamente ante una especie de tierra de Jauja de ponderación y protección de los susodichos derechos y libertades. Me temo que no es así, si se analiza el articulado. Veamos algunos ejemplos.

Una de las razones que esgrime el Anteproyecto para avalar su necesidad es el de la sintonía con el Proyecto de Código Penal en tramitación Parlamentaria en el que desaparece el libro tercero dedicado a las faltas. Cuestión esta, no el Proyecto en su globalidad, aplaudida por un amplio sector de la doctrina entre el que me encuentro. Hasta ahí todo perfecto en línea con las propuestas de la mayoría de los penalistas que del tema se han ocupado y también del Consejo General del Poder Judicial. Pero existe una pequeña trampa: algunas de las actuales faltas pasan, como subtipos atenuados del correspondiente delito, a engrosar una nueva categoría delictiva denominada delitos leves, cuyas penas se corresponden prácticamente con las contenidas actualmente como penas leves en el número 4 del citado artículo 33, propias de las faltas, con aumento de la duración de alguna de ellas, como es el caso de la multa; otras son verdaderamente eliminadas o reconducidas a otros sectores del Ordenamiento jurídico fundamentalmente al ámbito administrativo y al de seguridad ciudadana. Y esto último que es lo que me interesa en este escrito, muestra, a su vez, notables disfuncionalidades que incluso rompen la otra aseveración de coherencia en cuanto a la estimación del Derecho Penal como *ultima ratio*, opción ésta que es absolutamente imprescindible defender.

Llama la atención en primera lugar, el incremento de infracciones que contiene el Anteproyecto con respecto a la todavía vigente LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre

² Fines: a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico; b) la garantía del normal funcionamiento de las instituciones; c) la preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas; d) el respeto a las leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades; la protección de las personas y bienes; f) la pacífica utilización de las vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público; g) garantía de las condiciones de normalidad en la prestación de los servicios esenciales de la comunidad; h) erradicación de cualquier forma de violencia; i) La prevención de comisión de delitos y faltas y de infracciones administrativas directamente relacionados con los fines indicados en los párrafos anteriores y la sanción de las de esta naturaleza, tipificadas en esta ley.

Protección de la Seguridad Ciudadana, convirtiéndose en una plataforma extensiva y desmesurada de conductas sancionadas muy alejada de la susodicha LO 1/1992, criticada, en su momento, y que este Anteproyecto parece hacerla hasta buena. Así, de las 58 infracciones tipificadas (7 como muy graves, 31 como graves y 20 como leves) únicamente 19 se corresponden con conductas actualmente sancionadas por la LO 1/1992 en sus artículos 23 a 26, 11 tienen su origen en la despenalización de las faltas y el resto, 28, son de nueva incorporación.

De las siete muy graves, principal objetivo de esta valoración, solo la primera procede del Texto punitivo, en esa pretendida desaparición de las faltas, y se identifica con la contenida en el artículo 633 –es sabido que el Código Penal se refiere a faltas contra el orden público, como bien jurídico protegido, y no alude a seguridad ciudadana, conceptos parecidos pero no iguales que han de ser distinguidos–. Existen, no obstante, notables diferencias, entre una y otra: a) la falta se refiere a los que perturben levemente³ el orden en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales y oficios religiosos o reuniones numerosas; mientras que el Anteproyecto lo hace sobre los mismos objetos –únicamente añade a lo ya dicho junto a solemnidades oficios religiosos, pero alude a “perturbación muy grave de la seguridad ciudadana”–. En consecuencia mientras el criterio separador del correspondiente delito con la falta se fija en la gravedad de la perturbación, el de la infracción administrativa comentada con el delito contenido en el artículo 558 no es de fácil distinción –incluso éste va más allá al utilizar la perturbación muy grave frente a la grave del Código; la perturbación grave la estima infracción grave en el número 1º del artículo 35–, como no sea el de un concepto menor de seguridad ciudadana con respecto al orden público que da nombre el Título XXII del Libro 2º de aquel. Además el Proyecto de Código Penal no modifica el susodicho artículo y sí suprime la falta del artículo 633, en la justificación de que “las alteraciones relevantes del orden ya son delito y las alteraciones leves se trasladan a la vía administrativa”. Primera incoherencia del Anteproyecto al ignorar la consigna de levedad de las conductas; segunda la confusión que genera, con un solapamiento de acciones que inciden en el principio *non bis in idem*. A ello es preciso añadir la diferencia entre la pena actualmente establecida para la falta del artículo 633 –localización permanente de dos a 12 días y multa de 10 a 30 días– y la sanción para la infracción citada –de 30.001 a 600.000– de abismal cuantía mayor, en la pecuniaria que

³ También se refiere al orden en las audiencias de un tribunal o juzgado, que omite el Anteproyecto.

coinciden, de esta con respecto a la del texto punitivo. En definitiva, acertada es la hipótesis inicial de la despenalización de la falta y, en todo caso, su traslado al Derecho Administrativo pero siempre en clave de una sanción más leve, cuestión que no solo no sucede en este caso sino que se agiganta el propio contenido de la norma y su reacción en cuanto a la sanción, con lo que el principio de proporcionalidad y de respeto a la *ultima ratio* del Derecho penal es quebrantado.

Con parecido criterio de derivación parcial o total de faltas a infracciones administrativas cabe citar ya como graves o leves: la desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes (artículo 35.7; como falta 634) –el criterio diferenciador del Código Penal es el de la gravedad, desobediencia grave para el delito del artículo 556; leva para la falta. El Anteproyecto omite la referencia a la levedad, aunque lo sustituye por cuando no sea constitutiva de delito–, uso público de uniformes y otros equipamientos sin estar autorizado (artículo 35.17; 637, como falta), daños o deslucimiento grave de bienes muebles o inmuebles (artículo 35.27; 626, como falta) – en esta infracción, sobre pintadas, graffitis y similares, el Anteproyecto es más restrictivo pues exige la gravedad del hecho mientras que la actual falta nada dice–, dejar sueltos o en condiciones de causar daño a animales feroces o dañinos o maltratarse a los animales (artículo 35.30; 631 y 632.2, como falta).

Las otras seis infracciones muy graves, al menos cuatro de ellas, igualmente marcan relevantes disfuncionalidades, a las que he de atender brevemente no por su falta de interés sino por la escasez de tiempo y espacio que exige este trabajo. Dos, la cuatro y la cinco, se mantienen de la LO/1992 –sin embargo, en esta Ley son reguladas como infracciones graves, con lo que ello supone en cuanto a la naturaleza de la conducta y de su sanción–. Destacan las referidas al derecho de reunión –cuestión recurrente y núcleo fundamental de los objetivos del Anteproyecto, que le dedica las contenidas en el 34 artículo 2 y 3, como muy graves y 35.3 y 35.9 como graves–.

La contemplada en el número 2 del artículo 34 se presenta desubicada al estar relacionada con el Régimen Electoral General –cierto que también con la LO 9/1983 reguladora del derecho de reunión pero únicamente para los requisitos a cumplir–, que tiene su propia normativa –LO 5/1985, de 19 de junio– y su propia tipificación de delitos e infracciones administrativas por lo que le hago tres críticas valoraciones de urgencia: la primera, que la susodicha LO 5/1985 ya marca un tipo penal al respecto en

el artículo 144, relacionado con los delitos en materia de propaganda electoral⁴; la segunda, que el contenido del Anteproyecto es más exigente que el del artículo 144 citado y castigado incluso con pena de prisión, aunque de forma alternativa, al sancionar la mera convocatoria por cualquier medio o la asistencia a cualquier reunión o manifestación con finalidad coactiva una vez haya finalizado la campaña electoral hasta la finalización del día de la elección, con lo que asimismo, además del comentado error sistemático, se vuelve a poner en cuestión el principio de proporcionalidad, pues si lo comparamos con la pena de prisión del artículo 144 está sumamente alejado en gravedad a pesar de la mayor exigencia de su conducta reproducida en el citado número 2 del artículo 34, que es lo auténticamente descolocado; la tercera, la indeterminación que supone la utilización del término finalidad coactiva, objetivo incierto e equívoco si no se completa con a quién va dirigida semejante intención si a personas si a instituciones, si a partidos y con qué nivel e intensidad. Parecido hay que decir en relación con número 8 del artículo 35 del Proyecto.

Reuniones o manifestaciones no comunicadas

La segunda, regula las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en lugares que tengan la consideración de infraestructuras críticas. Este último concepto se prevé en la LO 8/2011 al que se acompaña con un detallado catálogo de definiciones afines⁵. El tipo se plantea de manera extensiva también a sus inmediaciones, intrusión en los recintos de estas, su sobrevuelo, la interferencia ilícita en su funcionamiento, siempre que lleven aparejado un riesgo para las personas o un perjuicio para su funcionamiento – si no se produce dicho riesgo se está a la infracción grave del artículo 35.10–. Se trata de una conducta sobre todo si va acompañada de riesgo para las personas, dada su naturaleza y gravedad, de mejor posible ubicación en el texto punitivo.

Además, como graves se contemplan la perturbación de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, Senado y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (artículo

⁴ Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o la de multa de seis a veinticuatro meses quienes lleven a cabo alguno de los actos siguientes: a) realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de campaña electoral (...). El artículo 146 acoge una modalidad, distante de la propuesta del Anteproyecto, de coacciones electorales.

⁵ Infraestructuras críticas: las infraestructuras estratégicas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales (artículo 2.e).

35.3) que, ante las críticas iniciales pasó de infracción muy grave a grave, lo que ocurrió también con las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones que se realicen en una reunión o concentración cuando el destinatario sea un miembro de las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad así como el uso de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que atente gravemente contra su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de la operación, sin menoscabo, en todo caso, del derecho constitucional a la información, cuando estas conductas no sean constitutivas de delito (artículo 36.4), que derivó sorprendentemente de infracción grave a leve, lo que no deja de ser curioso sobre la filosofía en que se asienta el Anteproyecto. Parece como si este ante las reiteradas descalificaciones de la propuesta a estimarla como un intento de protección del Gobierno y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad frente a los ciudadanos haya querido dar una prueba de lo contrario marcando esta hipótesis dentro de la cual se puede atentar contra el honor, la intimidad o la propia imagen de los agentes policiales, incluso poniendo en peligro su seguridad personal o familiar por una multa de 100 euros y, en casos extremos de 1.000, desconociendo o pareciendo desconocer que semejantes conductas están tipificadas en el texto punitivo y que por ejemplo las amenazas y coacciones, que no se dicen leves, el Proyecto de Código Penal las lleva, las estimadas faltas del artículo 620 párrafo 2º, aquí sí leves, como delitos leves a sus correspondientes capítulos, con lo que cabe preguntar el espacio que le queda al mencionado artículo 36 número 4 del Anteproyecto. Mas cuando el número 5 de dicho artículo 36 se refiere sobre las mismas conductas a la generalidad de las personas, con la única exigencia que produzcan alteraciones y no sean constitutivas de delitos. Todo lo dicho con el máximo respeto a la libertad de información de los ciudadanos, que es otro tema de garantías y respeto a los derechos individuales y colectivos, absolutamente irrenunciable.

Este breve panorama valorativo hay que completarlo con referencia a las dos infracciones restantes del artículo 34 y algunas otras de relevante importancia. En relación a aquellas, la sexta, dedicada a la proyección de dispositivos luminosos sobre medios de transporte que puedan provocar accidentes, presenta evidentes carencias de taxatividad y de imprecisiones en su descripción, al no hacer referencia alguna a la exigencia de gravedad del posible resultado a producir, y la séptima que supone la

utilizada y criticada fórmula, incluso en el ámbito punitivo, de la reiteración en las infracciones graves, tres en el plazo de dos años transforma en muy grave y tres leves en grave (artículo 35.31). En tal línea de poca concreción que puede llevar a una relativización de los principio de tipicidad y seguridad jurídica cabe aludir asimismo a las contenidas en los artículos 35.2, 35.19, 36.7, 36.9, 36.17. Referenciar también algunas cuya identificación con delitos es tan alta que no es fácil su distinción, con lo que son innecesarias o, por el contrario, pueden suponer una desviación del principio *non bis in idem*, como las ubicadas en el artículo 35.9, 35.12, 35.24. De especial relevancia en negativo, sobre una perspectiva general, es el contenido del artículo 29.3.c) donde al describir los sujetos responsables de las infracciones cometidas junto con quienes realicen los hechos, se alude a las personas físicas o jurídicas convocantes de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, así como quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes, o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos, pueda determinarse razonablemente que son directores o inspiradores de aquéllas, lo que incorpora una responsabilidad sin culpa, objetiva, de inaceptable aceptación.

Cuantía de las sanciones

Muchas más cuestiones caben ser valoradas, pero esto es un breve artículo y no una monografía. No obstante, aludir a dos hipótesis más. Por un lado, y ya he hecho referencia a ello, la cuantía de las sanciones en el orden pecuniario –no se olvide, sin embargo, que no son estas las únicas sanciones pues existen otras, algunas de especial gravedad próximas a auténticas penas, así: retirada de las armas y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas; incautación de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de las infracciones; suspensión temporal de las licencias, autorizaciones o permisos; clausura de las fábricas, locales o establecimientos; pérdida de la posibilidad de obtener permisos de residencia y trabajo, en el caso de extranjeros que cometan infracciones graves o muy graves; expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros sin la correspondiente autorización o permiso de residencia en España y hubieran incurrido en una infracción grave o muy grave– se han calificado por unos como desmesuradas, fuera de la realidad, desproporcionadas y con una exclusiva finalidad recaudatoria, por otros, cercanos a las instituciones públicas,

ajustadas, iguales a las de la LO 1/1992, y parecidas a muchas otras contenidas en leyes administrativas. Ambos planteamientos lleva parte de razón; sucede, no obstante, que si bien es cierto que dicha cuantía no se ha modificado en 22 años, también lo es que el Anteproyecto amplía desmesuradamente las infracciones a las que atiende, lo que supone, en bastantes casos, una cierta desproporcionalidad en las multas a imponer, que para la LO 1/1992, no existían y su coste, en consecuencia, era cero. En todo caso, se mire por donde se mire la cuantía de las sanciones pecuniarias contempladas en el Anteproyecto son más elevadas que las fijadas para las faltas y, en algunos casos, las de las infracciones muy graves desmesuradamente más altas, con lo que parece, en esta dimensión, que el carácter de última ratio es el del Anteproyecto y no el del Código Penal.

Por otra, una cuestión relacionada con lo anterior pero fuera del ámbito de la Ley de Seguridad Ciudadana más de clara incidencia en su aspecto procedimental: tasas judiciales. Si la transformación de la falta a infracción administrativa contenida en la Ley que analizamos supone desde el punto de vista del procedimiento una mayor complejidad en relación con esta última, en el momento en que en aquella directamente se acude a la jurisdicción penal, es decir, a la decisión de un juez predeterminado por la ley e independiente de las partes, la presunción de inocencia y el derecho a la doble instancia, en esta generalmente una denuncia de funcionario o agente de la autoridad dependiente del órgano administrativo que ha de dictar la sanción correspondiente, cuyo acto administrativo podrá ser revisado, dentro del mismo ámbito, y en base a una diluida presunción de inocencia sobre la que “los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados” (artículo 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) –en el procedimiento penal su valor es de mera declaración–, y cuando se llega a la revisión judicial de dicha sanción administrativa, esta se ve entorpecida por la exigencia de una tasa para el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden, en este caso, contencioso-administrativo, según establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre. Si criticable es el contenido de dicha norma y su significado social con carácter general y en todos los órdenes sobre los que actúa, más lo es su incidencia negativa y desigual en el ámbito que estamos tratando en el que se cuestiona y limita el ejercicio de

determinados derechos fundamentales y libertades básicas de los ciudadanos en un Estado de Derecho.

En definitiva, y después de todo lo analizado, el Anteproyecto presentado es bastante mejorable. Si se parte de la necesidad de una nueva Ley de Seguridad Ciudadana que adapte los contenidos de la vigente LO 1/1992 a las nuevas exigencia normativas, sobre todo, a las del Proyecto de Código Penal y a su propuesta de eliminación del Libro III en su variable de traslado de algunas de las faltas al ámbito administrativo difícilmente se puede comprender que esto suponga un incremento de la dureza de las conductas llevadas a la esfera administrativa y de un aumento notable de las sanciones con respecto a las penas fijadas para aquellas; suficiente se tiene ya con el cambio de procedimiento, con el protagonismo sancionador de los agentes policiales, y con el añadido economicista de las tasas judiciales. Junto a ello es imprescindible evitar la superposición de tipologías coincidentes con delitos previstos en el Código Penal para conseguir el máximo de respeto al principio *non bis in idem*. Conveniente igualmente rehuir el maximalismo cuantitativo y cualitativo que se detecta en el Anteproyecto, veintiocho, como se ha dicho, nuevas conductas sancionadas con respecto a la Ley 1/1992, algunas de ellas, bastantes, absolutamente innecesarias, por su naturaleza o duplicidad con otras reguladas en otros sectores del Ordenamiento jurídico, limitar el excesivo margen de discrecionalidad policial, huir de descripciones especialmente amplías, cuando no ambiguas e imprecisas, para lograr la total vigencia de los principios de tipicidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y taxatividad.

Quiero pensar que el buen sentido y compromiso de nuestros legisladores será lo suficientemente consistente como para tener en cuenta las valoraciones críticas que al Anteproyecto se le están haciendo desde los más diversos sectores, muchas de ellas prácticamente unánimes, para conseguir una Ley de Seguridad Ciudadana que responda a criterios materiales de prevención, protección y garantía de que los ciudadanos participen en libertad y con respeto a los demás en las diversos niveles de la estructura social y política y que el encargo que la Constitución hace a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad no sea neutral sino especialmente comprometido con la protección de los derechos y libertades y, como consecuencia de ello y no al contrario, de garantizar la seguridad ciudadana.

* * * * *

Una reforma contra la seguridad democrática*

~Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García~

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

Hace veinte años, en vida del asesinado Ernest Lluch, me decía en Santander Miguel Herrero: tú procedes de la tradición de la izquierda, yo de la derecha conservadora; pero ambos podemos coincidir y colaborar porque participamos en valores comunes: democracia, libertad y tolerancia. El problema con esta ‘nueva derecha’ es que ya no coincidimos; la razón es muy clara: se han situado en un punto anterior a la transición política. No es que hayan traicionado la transición, es que nunca fueron de ella.

El Gobierno ha lanzado un decidido y muy preocupante ataque a las libertades públicas mediante la tramitación de tres leyes de reforma: Código Penal, Seguridad Ciudadana y Seguridad Privada. Modificaciones que solo pueden entenderse si se contemplan en conjunto y relacionadas con la política económica que tanto descontento ha levantado: se pretende amordazar y criminalizar la protesta social, y de paso obtener de ello beneficios; y es curioso que en el caso de la última ley mencionada, y con tal de cobrar réditos, el Gobierno no dude en arrinconar lo que siempre ha sido el baluarte conservador: la Guardia Civil.

En todo caso, y en primer lugar, es preciso subrayar que todas esas reformas llevan consigo la intención por parte del Gobierno de restar alguna participación ‘particular’ en las protestas, bien personales (cuando se sanciona en la nueva Ley de Seguridad Ciudadana el uso de capuchas u otro tipo de prendas que dificulten la identificación) o tecnológicas (al castigar, en los nuevos delitos de desórdenes públicos, la convocatoria de manifestaciones mediante el uso de tecnología). Pero, además, los responsables ministeriales no han podido evitar ‘hacer trampas’ –continuamente las hacen– en la tramitación de las iniciativas legislativas. Así, en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal enviado –como ordena la Ley del Gobierno– al Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía y el Consejo de Estado, se omitieron reformas que luego se incorporaron al Proyecto de Ley remitido a Cortes (verbigracia, la equiparación de los vigilantes privados a los funcionarios en lo que importa a los delitos de atentado, con lo que se estaba ‘preparando’ lo que vendría después: el ‘cambio’ de la Policía Nacional y Guardia Civil por empresas privadas de seguridad); así intenta evitar

* Artículo publicado en El Diario Montañés con fecha de 18 de diciembre de 2013.

el Gobierno el conocimiento completo del alcance de las reformas en un momento anterior a su tratamiento parlamentario, incluso conculcando las prerrogativas de órganos constitucionales: así se muestra el desprecio por las competencias de estos órganos. De la misma forma hurtan al pleno del Congreso el conocimiento, y discusión pública, de leyes como la de Seguridad Privada –acudiendo a subterfugios varios para limitar su valoración a ‘ponencia’ y ‘comisión’–, con objeto de evitar que los líderes políticos puedan someter la nueva norma a control democrático.

Mas con la Ley de Seguridad Privada, ‘preparada’ con una alarmante disminución de plantillas de Guardia Civil y Policía Nacional, se ha traspasado la ‘línea roja’ en materia de seguridad democrática, que determinaba que solo las Policías del Estado se ocupaban de ejercer la fuerza en lugares públicos, quedando la vigilancia privada relegada a recintos particulares. Hoy, gracias a esa ley, la seguridad privada no solo se va a encargar –como se había anunciado– de la vigilancia en calles peatonales, centros comerciales, vías de los polígonos industriales, etc., sino también de todos los lugares y vías públicas (extensión debida a una enmienda de CiU, acogida con entusiasmo por PP y PNV). En ellos se nos podrá detener, cachear, y tomar identificación por vigilantes privados, que almacenarán en sus archivos –los de sus privadas empresas– los datos personales más sensibles, mientras que las ‘adelgazadas’ Guardia Civil y Policía Nacional se van a ver recluidas en espacios de seguridad cada vez más pequeños. Este cambio fundamental del papel de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de seguridad, obedece a una razón evidente: su respeto a derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en la gestión de la seguridad y la avaricia de la derecha, ya no los hace idóneos para servir los intereses de las fuerzas más reaccionarias. Así, la Guardia Civil ha empezado a ser patrimonio de los demócratas ¡quién lo iba a decir!; y por ello sus Comandancias van a verse sustituidas por ‘puestos de control’ de las empresas de seguridad.

Por último no debe olvidarse que no se trata de un mero sustituir un gestor público de la seguridad por otro privado, sino de cambiar un gestor eficiente (el que terminó con ETA y otros grupos terroristas y que mantiene la delincuencia en España en mínimos mundiales) por otro que no lo es, que carece de la preparación necesaria y que va a provocar un incremento de la delincuencia y una permanente conculcación de nuestros derechos fundamentales.

* * * * *

Corrupción y justicia¹

~Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez~

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Barcelona (España). Socio de la FICP.

Previsiblemente, en los próximos dos años van a sucederse una catarata de juicios en los que se ajustarán las cuentas la última hornada de corrupción pública y privada que asuela nuestra vida política y económica. Se sentarán en el banquillo de los acusados, por un lado, altos funcionarios, parlamentarios, consejeros, alcaldes, concejales y asesores, con sus parientes, amigos y particulares compinchados; y por otro, algunos autodenominados empresarios, financieros y banqueros y hasta miembros de la Casa del Rey.

Un primer problema, más aparente que real, será el de la desmemoria e idiocia sobrevenida de los imputados, sus parentelas y sus compañeros de saqueo. Una súbita pérdida de neuronas de toda clase será la letanía cotidiana en las salas de justicia. Sigo sin llegar a entender el vano empeño en querer pasar por un perfecto tonto del bote por parte de quien se creyó que era el *súmmum* en política y en negocios y así se encargó de venderlo.

Pero nuestros tribunales están vacunados contra la pueril estratagema, al margen de la imagen y del fracaso de sus defensores, de equiparar el no saber y el no acordarse ahora de los hechos con la realidad.

El problema con el que se enfrentan los tribunales a la hora de enjuiciar estos complejos asuntos, con múltiples hechos y múltiples implicados, a los que acompaña un enorme aparato probatorio de testigos, documentos y peritos, es la inadecuación del proceso penal vigente a una realidad criminal intrincada como es la políticoeconómica. Era algo que más o menos se veía venir, y por eso ya no resulta tan curioso que una reforma de la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 nunca haya salido adelante.

No se trata, obvio es decirlo, de reducir las garantías liberales; al contrario, han de ser reforzadas y han de constituir la guía infranqueable del proceso penal democrático. Me refiero a las cuestiones organizativas. El proceso penal español está pensado para una sociedad esencialmente rural, poco tecnificada, cuya delincuencia oscilaba entre la pillería del listo de turno y el violento primario. Y cuando la cosa pasaba a mayores se resolvía acudiendo a la justicia militar, igualmente mal organizada

¹ Artículo publicado en El Periódico con fecha de 5 de marzo de 2014, bajo el título “¿Preparados para lo que viene?”.

pero que, despojada de las mínimas garantías procesales –por eso se recurría a ella–, despachaba los asuntos por la vía rápida. En la actualidad hemos pasado de un hecho y un autor a un haz complejo de hechos con una pléyade de autores. En una palabra, nos hemos dados de bruces, de un tiempo a esta parte, con los macroprocesos, cuyo número no va a parar de crecer.

Al Tribunal Supremo los macroprocesos no le gustan y lo ha dicho, por lo menos desde el *caso Banesto*, por activa y por pasiva; la última vez, en el recentísimo *caso Hacienda*. Solo en Baleares parece que se sigue su no muy acertada doctrina; en las islas desgajar la causa en diversas piezas separadas es lo habitual. En el *caso Palma Arena*, por ejemplo, son ya 25 piezas separadas, una de ellas, la de Urdangarin y otros.

Sin embargo, en los delitos complejos, como son los relativos a la corrupción, desgajar en varios procesos separados cada uno de los hechos no debe hacerse ni por principio ni –menos aún– por comodidad en el manejo de la causa. Estas tramas criminales duran en el tiempo y cuentan con varios ejecutores a diversos niveles. Ello demuestra tanto una asociación delincencial, lo que ya es delictivo en sí, como un hilo conductor de persistencia en el tiempo a fin de garantizar la rapiña. Es esta persistencia y acción grupal lo que hace realmente peligrosa la corrupción pública y privada, pues esas notas sirven al fin eterno de cualquier infractor: buscarse la impunidad. La impunidad del poderoso, ya sea político o adinerado, es un bien preciado. Esta impunidad se resquebraja cuando el entramado organizativo pasa a primer plano; este ha de ser el primer delito, siendo el resto (prevaricaciones, falsedades, malversaciones, defraudaciones societarias, estafas, delitos fiscales...) frutos maduros que caerán al demostrarse la arquitectura delictiva.

Por ello, junto a otras reformas no menores –que en nada afectan a la retroactividad de la ley penal–, lo que se ha de efectuar imperiosamente –como denuncia reiteradamente, por ejemplo, el Grupo de Estados contra la Corrupción (Greco) en sus informes– es la reforma de la organización procesal para adecuarla a la realidad criminal a la que se enfrenta. Decir *no* a los macroprocesos, inevitables, y no mover un dedo –y tiempo ha habido– para cambiar las estructuras de enjuiciamiento es, cuando menos, de muy cortas miras. Es como negar un antibiótico a un enfermo porque como efecto secundario lo debilita. No lo trataremos con analgésicos: le recetaremos, junto al antibiótico, unos buenos reconstituyentes.

* * * * *

Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

Véase infra en el apartado II. Legislación el texto de los correspondientes apartados del art. 23 de la LOPJ española tras la reforma de marzo de 2014 y antes de la misma.

Con la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se produjo un cambio en la regulación y planteamiento de la llamada justicia universal. En el planteamiento de dicha reforma latía la idea de perfilar la competencia de la jurisdicción española, ampliando por un lado los delitos que, habiéndose cometido fuera del territorio nacional, e independientemente de la nacionalidad de su autor son susceptibles de ser investigados por la jurisdicción española y por otro lado, definiendo las condiciones que debían darse para que la justicia española fuera competente, adaptando la justicia universal al principio de subsidiariedad y a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo.

Han pasado cuatro años desde que la mencionada reforma entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional. Al tiempo, la regulación de la materia debe ajustarse a los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos.

En esa misma línea de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los Tratados internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley.

Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía.

Con esta finalidad, se precisan los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española: es necesario que el legislador determine, de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones. La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene además un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querella por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito.

También se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.

En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La regulación introduce límites a la jurisdicción española que deben ser aplicados a las causas actualmente en trámite, pues los Tribunales españoles no pueden continuar procedimientos sobre los que ya carezcan de jurisdicción.

* * * * *

Declaración del Presidente del Colegio de Abogados Penal Internacional ante la supresión de la Justicia Universal por parte del Gobierno de España¹

Barcelona, 19 de marzo de 2014

El pasado día 15 de marzo entró en vigor la reforma del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), relativo a la Cooperación o Colaboración de España con la Justicia Universal.

La modificación se produjo por vía de extrema urgencia y solo con los votos de los diputados del Partido Popular (PP), que representa a un amplio sector de la derecha española, y que goza de mayoría absoluta en las dos cámaras (Congreso de los Diputados y Senado, que conforman el poder legislativo español). Y, por supuesto, con el rechazo de toda la oposición parlamentaria. O lo que es lo mismo, sin el menor ánimo de consensuar con el resto de los partidos que componen el arco parlamentario.

La modificación a la que aquí estamos haciendo referencia, podría suponer el archivo de muchas causas abiertas en la Audiencia Nacional (órgano jurisdiccional que se ocupa de la instrucción y enjuiciamiento de delitos contra el Titular de la Corona, Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito, Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas, Tráfico de drogas, Jurisdicción penal derivada de Tratados Internacionales, Ejecución de órdenes de detención europeas), pero que no habría de suceder como con atinado criterio recoge el juez titular del Juzgado de Instrucción nº1 de dicha Audiencia Nacional, que llega a considerar inaplicable la nueva reforma legislativa por contradecir precisamente la Convención de Ginebra de 1949, ya que España no puede llevar adelante la reforma mediante una norma interna que modifique o derogue una disposición de un Tratado o convenio internacional vigente para España.

En muy poco tiempo (3 meses) se produce un severo ataque a la participación de la justicia española dentro del marco de la justicia universal.

Solo en muy contados supuestos se mantiene lo poco que queda de la antigua jurisdicción, por lo que cabe decir que España hoy ha renunciado a los más importantes aspectos que quedaban regulados en el Convenio de Ginebra de 1949, la Convención

¹ Enviada por el socio Prof. Dr. Javier A. de Luca, Profesor Regular Asociado de Derecho Penal de la Univ. de Buenos Aires y Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.

contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes o la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas y, desde luego, contra lo estipulado en el Convenio de Roma de 1998, creador de la Corte Penal Internacional, y por el que se definen y sancionan gravísimos delitos que implican violación de los derechos del hombre, tales como los Crímenes de Guerra, el Genocidio o los de Lesa Humanidad, o el de Agresión. La reforma ya aprobada incluye algunas excepciones, muy contadas y de escasa trascendencia.

A la modificación del Art. 23 de la LOPJ ya se oponen rotundamente un buen número de jueces, fiscales, ONGs españolas, los colectivos de abogados integrados en sus Colegios correspondientes, y un buen número de ciudadanos que defienden la Justicia Universal.

En méritos a esta aplicación de la Justicia Penal Internacional en España, entre otros logros, se consiguió el encarcelamiento (en una jaula de oro, eso sí) del dictador Augusto Pinochet.

Hemos de ir hacia un mundo donde el derecho sea igual para todos, (con sus especialidades), y donde los crímenes que se tipifican en el Convenio de Roma y en otros ordenamientos jurídicos sean sustanciados y condenados sus autores ya por una Corte Penal Internacional (International Criminal Court), ya por las jurisdicciones de los distintos países que componen algo tan trascendente como es el Género Humano.

Luis del Castillo Aragón
Presidente del CAPI
Ex-Decano del Colegio de
Abogados de Barcelona

* * * * *

2. Estudios

Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad¹

~Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig~

Catedrático de Derecho penal. Univ.de Barcelona (España).
Presidente de Honor de la FICP.

1. La LO 5/2010 previó, por primera vez en nuestra historia legislativa, “penas” para personas jurídicas. Con ello el CP abandona el principio “*societas puniri non potest*” (la sociedad no puede ser penada), pero *no* así el principio según el cual las personas jurídicas no pueden cometer delitos (“*societas delinquere non potest*”). La responsabilidad penal que establece el nuevo art. 31 bis CP no se basa en delitos cometidos por las personas jurídicas, sino en delitos *cometidos por personas físicas* por cuenta y en provecho de las personas jurídicas². Lo dice bien claramente el mencionado precepto: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos *cometidos* en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, *por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho...*” (art. 31 bis, 1, párrafo primero), *o por otros individuos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior*, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica (art. 31 bis, 1, párrafo segundo).

En el segundo caso el delito debe haberse cometido como consecuencia de que sobre su autor, esto es, el empleado, no se haya “*ejercido el debido control*”. No especifica la ley quién debe haber omitido la vigilancia debida. Sin embargo, debe evitarse entender que esta falta de control deba corresponder a la *persona jurídica*, pues ésta como tal no tiene capacidad de acción ni de omisión. Sólo pueden ejercer control u omitirlo personas físicas, y el CP se refiere a las *personas físicas* a cuya autoridad están

¹ La bibliografía sobre responsabilidad penal de personas jurídicas se ha hecho difícil de abarcar. Una amplia referencia puede encontrarse en GÓMEZ MARTÍN, Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*, en MIR PUIG/CORCOY (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 333 s. Aquí se renuncia a un tratamiento completo del tema. Únicamente persigo manifestar mi opinión sobre qué naturaleza pueden tener unas “*penas*” *sin culpabilidad*.

² Así GÓMEZ MARTÍN, en MIR/CORCOY (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), Garantías constitucionales, 2012, pp. 370 ss.

sometidos quienes cometen uno de los delitos que pueden generar responsabilidad penal de las personas jurídicas. La omisión del debido control a que se refiere el precepto que comentamos *no* ha de verse, pues, como una forma de imprudencia de la propia persona jurídica que permitiría basar la responsabilidad penal de ésta en una verdadera *culpabilidad* de la misma. Ni ésta ni ninguna otra forma de culpabilidad de la persona jurídica se exige cuando comete el delito un representante legal o administrador de hecho o de derecho. Lo coherente es no exigir tampoco una imposible culpabilidad de la persona jurídica cuando el autor del delito es otra persona sometida a la autoridad de aquéllas.

De los dos modelos que se manejan en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, el de *autorresponsabilidad* (por hecho propio de la persona jurídica) y el de heterorresponsabilidad (por hechos de personas físicas distintas a la persona jurídica), la LO 5/2010 acogió, pues, el segundo³. Tanto en el supuesto del párrafo primero del art. 31 bis 1, como en el de su párrafo segundo, los delitos que pueden servir de base a la responsabilidad penal de personas jurídicas no han de ser delitos de éstas, esto es, de personas no humanas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas que ahora se admite no obliga a modificar la concepción del delito que sirve de base al Derecho penal vigente, como comportamiento humano típicamente antijurídico y personalmente imputable. No es necesario prescindir de las exigencias de comportamiento *humano*, de una imputación verdaderamente *subjetiva* del hecho típico no justificado y de un *sujeto imputable* capaz de recibir la llamada de las normas jurídicas y de autocontrolar de forma normal su conducta. No es necesario construir una nueva teoría del delito que incluya actuaciones no humanas como las de las personas jurídicas, que son incapaces de actuar por sí mismas, de conocer y de querer hechos y de captar prohibiciones o mandatos. No es necesario sustituir el concepto de *culpabilidad* humana por el de alguna forma de “culpabilidad” de entes no humanos como son las personas jurídicas. Todo ello sería necesario si el Código penal requiriese, para las “penas” que ha previsto para personas jurídicas, que *éstas cometieran los delitos* a los que se asocian. Pero no es así, porque el Código penal no impone “penas” a “delitos” de las personas jurídicas, sino que hace responder a éstas por delitos cometidos por personas humanas. Ahora bien, esto supone que la responsabilidad penal que se prevé para personas jurídicas es

³ Así SILVA SÁNCHEZ, La Ley, 2010 nº 4, p. 1791; ROBLES PLANAS, Diario La Ley, nº 7.705 (29 sep. 2011), pp. 10 s.; GÓMEZ MARTÍN, GÓMEZ MARTÍN, en MIR/CORCOY (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), Garantías constitucionales, 2012, pp. 346 ss.; BOLDOVA, en ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA (coord.), Derecho Penal, Parte General, Introducción. Teoría del delito, Granada (Comares), 2013, p. 337.

una forma *de responsabilidad por el hecho de otro*, por un delito no cometido por ella, sino por una persona física⁴.

2. Pero ¿no se opone frontalmente al *principio de culpabilidad* imponer una pena por un delito a quien no lo ha cometido y no es, por tanto, culpable del mismo? ¿No es la primera exigencia del principio de culpabilidad, entendido en su sentido político-criminal amplio, la de que sólo cabe castigar por un delito a quien lo ha cometido?

No hace falta recordar que el principio de culpabilidad es un principio fundamental en nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho, al servicio de un ciudadano dotado de dignidad humana y del conjunto de derechos fundamentales que la integran. El Tribunal Constitucional ha reconocido repetidamente rango constitucional al principio de culpabilidad. Por todas cabe citar la STC 246/1991 de 19 de diciembre: "... este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal..." En el caso enjuiciado la Sentencia confirmó expresamente la exigencia de *responsabilidad personal* en el ámbito del Derecho penal. Siguió la doctrina de esta Sentencia el Auto del TC 193/2007 de 26 de marzo.

Ahora bien, este principio de culpabilidad no impide toda forma de responsabilidad objetiva ni por hecho ajeno. No se opone a que la responsabilidad *civil* por daño pueda ser de carácter objetivo, esto es, sin dolo o culpa y sin imputación personal, ni que pueda extenderse a personas no penalmente responsables, en forma de responsabilidad subsidiaria. Tampoco presuponen culpabilidad las medidas de seguridad previstas en el Código penal ni las consecuencias accesorias del Título VI del Libro I CP. Asimismo, la Jurisprudencia constitucional ha admitido que puedan imponerse sanciones administrativas a personas jurídicas por la actuación de sus representantes legales.

⁴ El Derecho español sigue así el modelo norteamericano de *responsabilidad vicaria*, que en dicho país se considera una forma de responsabilidad sin culpa. Así, la obra de referencia de LAFAVE, Criminal Law, 3ª ed. 2000., pp. 272 ss., incluye la responsabilidad de las empresas entre los casos de "*liability without fault*" (responsabilidad sin culpa), que en su exposición agrupa en tres apartados: "*strict liability*" (responsabilidad objetiva) (pp. 257 ss.), "*vicarious liability*" (responsabilidad vicaria) (pp. 265 ss.) y "*enterprise liability*" (responsabilidad de empresa) (pp. 272 ss), considerando ésta última básicamente una forma específica de *vicarious liability* (pág. 274). Este modelo de responsabilidad por el hecho de la persona física que realiza el hecho suele ser también el preferido por la normativa de la Unión Europea: cfr. GÓMEZ MARTÍN, GÓMEZ MARTÍN, en MIR/CORCOY/GÓMEZ MARTÍN, Garantías constitucionales, 2012, p. 337.

Aunque el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que las *sanciones administrativas* también están sujetas al principio de culpabilidad, lo cierto es que su imposición no supone la grave censura ético-jurídica propia de la pena, de modo que no presupone la misma posibilidad de *culpar* que las penas criminales. Las sanciones administrativas pueden implicar algún grado de censura por la infracción, pero inferior a la que implica una pena criminal. Por ello, el principio de culpabilidad puede tener exigencias diversas en uno y otro ámbito. Así, el propio Tribunal Constitucional se ha visto obligado a reconocer que la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo requiere su adaptación a la distinta naturaleza de ambas ramas del Derecho. Así, la STC 246/1991, Fundamento jurídico 2, reconoció que los principios de personalidad de la sanción y de responsabilidad subjetiva deben aplicarse al Derecho administrativo de forma que permitan la responsabilidad de las personas jurídicas –admitida expresamente por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 130, 1.

El principio de culpabilidad penal no impide, pues, toda forma de responsabilidad sin culpabilidad, sino sólo la imposición de una pena criminal clásica a quien no es culpable subjetiva y personalmente del hecho penado. El Derecho civil y el administrativo permiten *imputar* a una persona jurídica lo que hacen sus representantes. Pero este criterio de imputación por representación no puede *trasladarse* al Derecho penal, de modo que dicho criterio no penal baste para permitir castigar con verdaderas penas criminales sin culpabilidad penal⁵. ¿Por qué? Porque la pena criminal clásica tiene un significado de reproche ético-jurídico *fuerte* que sólo es *justo* dirigir a quien ha infringido una norma penal (fundamental) personalmente, con dolo o imprudencia e imputación personal. Sin estas exigencias del principio penal de culpabilidad sólo cabe imponer consecuencias jurídicas desprovistas del mismo carácter simbólico de censura ético-jurídica que tienen las penas previstas para personas físicas⁶.

Si se atribuye a las nuevas penas previstas para personas jurídicas la misma naturaleza de castigo al culpable que caracteriza a las penas previstas para personas

⁵ Cfr. en este sentido recientemente FRISCH, W., *Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung*, en *Festschrift f. J. Wolter*, Berlin (Duncker&Humblot) 2013, pp. 357-359, que considera una “confusión” conceptual trasladar al Derecho penal el criterio civil de la imputación por representación como base suficiente para una pena. Con anterioridad ya en esta línea MIR PUIG, S., *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *RECPC (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología)* 2004, nº 01-06, p. 10 <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.

⁶ Cfr. MIR PUIG, S., *Tercera vía cit.*, *RECPC* 2004, nº 01-06, p. 9.

físicas, será inevitable considerarlas abiertamente contrarias al principio de culpabilidad penal. Sólo hay una forma de evitar esta conclusión y preservar la compatibilidad de los nuevos preceptos con aquel principio de rango constitucional: *las “penas” previstas para personas jurídicas sólo pueden admitirse sin infringir gravemente el principio de culpabilidad si se distinguen claramente de las penas para personas físicas y se les priva del significado simbólico de reproche fuerte que las caracteriza*⁷. Sólo pueden admitirse si se aproximan a las sanciones administrativas, de una parte, y a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias, de otra. Pues bien: la regulación legal de las nuevas “penas” para personas jurídicas no sólo permite, sino que propicia esta interpretación.

3. Habría sido preferible que el legislador español no hubiera empleado el término “pena” para las sanciones que ha introducido para la persona jurídica, sino algún otro como “medidas” o “sanciones” para personas jurídicas⁸. Pero la observación de los presupuestos y el contenido de las nuevas “penas” para personas jurídicas son suficientes para poner de manifiesto que su significado real es bien distinto al de las penas clásicas. Todo en las nuevas “penas” es básicamente *preventivo y económico*.

a) Por lo que respecta a los *presupuestos* de las nuevas “penas”, no sólo suponen responsabilidad *sin culpa de la persona jurídica* –responsabilidad objetiva por hecho ajeno–, sino que tampoco requieren culpabilidad en el administrador o empleado que

⁷ Cfr. MIR PUIG., S., Bases constitucionales del Derecho penal, Madrid (Iustel) 2011, pp. 127 s. También en esta línea de negar que las “penas” para personas jurídicas tengan verdadera naturaleza de penas como las previstas para personas físicas, porque ello vulneraría principios de base constitucional como los principios de culpabilidad, responsabilidad subjetiva y responsabilidad personal y serían por eso inconstitucionales: LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, 1/35, pp. 12 s.: “no son penas”, y más ampliamente en 11/41 ss., 2/12 y 30, 26/55; ROBLES PLANAS, La Ley, nº 7.705 (29 sep. 2011), pp. 8 ss., 14: “...no es más que un incentivo preventivo que no tiene nada que ver con las penas”; GÓMEZ MARTÍN, en MIR/CORCOY/GÓMEZ MARTÍN, Garantías constitucionales, 2012, p. 383.; GRACIA MARTÍN, en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 4ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 216: “no son penas”; BOLDOVA, en ROMEO/SOLA/BOLDOVA (coord.), DP, PG, 2013, p. 343.

⁸ Con anterioridad a la introducción de las nuevas penas para personas jurídicas algún autor había relativizado la importancia de que el CP no denominase “penas” a las consecuencias accesorias previstas en el anterior art. 129, entendiendo que esta designación legal no impedía considerar que tenían naturaleza de penas (así ZUGALDÍA, Las penas previstas en el art. 129 del CP para las personas jurídicas, PJ, 46 (1997), pp. 332 ss.; EL MISMO, Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas “”, en CDJ (Cuadernos de Derecho Judicial), 1997, pp. 226 ss.; le siguió S. BACIGALUPO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 1998, pp. 284 ss. Aquí coincidimos en negar que el *nomen juris* deba decidir la naturaleza de estas sanciones, pero para llegar a la conclusión en cierto modo contraria: que, a pesar de su nombre, las nuevas “penas” deben distinguirse de las penas criminales para personas físicas. En este sentido, y siguiendo el mismo razonamiento, GRACIA MARTÍN, en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Lecciones de consecuencias jurídicas, 4ª, 2012, p.216, tras recordar las SSTC 164/1995 y 276/2000, según las cuales el *nomen iuris* que el legislador asigne a una institución no es decisivo para su naturaleza jurídica. También recoge estas SSTC ROBLES PLANAS, La Ley, nº 7.705 (29 sep. 2011), p. 14.

realice el hecho típico: pueden imponerse *aunque la persona física que cometa el “delito” actúe sin “culpabilidad”* (art. 31 bis, 3 CP). Ello aproxima estas “penas” a las medidas de seguridad, que desde luego no requieren culpabilidad. Y las únicas atenuantes que se prevén son incentivos para el descubrimiento o la prevención (confesar a tiempo la infracción, colaborar en la investigación de forma decisiva, haber establecido antes del juicio oral un programa de prevención de delitos), o para la reparación económica del daño: art. 31 bis, 4 CP. En la misma línea, el art. 66 bis, 1º CP establece que debe tenerse en cuenta para graduar las “penas” para personas jurídicas (salvo la multa) un criterio puramente preventivo como su necesidad para prevenir la continuidad delictiva u otro estrictamente económico como las consecuencias económicas y sociales. En cualquier caso se trata de presupuestos distintos de los de las demás penas.

b) En cuanto al *contenido* de las nuevas penas, o bien coincide con el de las “consecuencias accesorias” que el CP ya preveía en su art. 129 antes de la LO 5/2010, o bien tiene una de naturaleza puramente económica, como la multa. Coinciden con las “consecuencias accesorias” para entes sin personalidad la mayor parte (*cinco de las siete*) “penas” que prevé el art. 33, 7: las que incluye en sus letras c) a g). Según el actual art. 129, estas “penas” se pueden imponer también como “consecuencias accesorias”. Pues bien: las “consecuencias accesorias” se distinguen claramente de las penas en el CP de 1995, empezando por el comiso, que ha dejado de considerarse una pena para pasar a verse como una medida preventiva o económica que impide enriquecerse con el delito. Las “consecuencias accesorias” del art. 129 nacieron como medidas preventivas próximas a las medidas de seguridad, entre las cuales se habían incluido inicialmente en el Proyecto de CP de 1980⁹. Es significativo que el criterio que debía orientar su aplicación, puramente preventivo, siga indicándose para su imposición y graduación en el actual art. 66 bis, 1º a) para las “penas” previstas para personas jurídicas, con la única excepción de la multa¹⁰.

A propósito de esta excepción, que expresa un tratamiento de la multa distinto al de las demás “penas” para personas jurídicas: es posible que la multa fuese la que

⁹ Sobre el origen legislativo y el sentido de las consecuencias accesorias ver mi trabajo Tercera vía cit., RECP 2004, nº 01-06, p. 4.

¹⁰ Por todo ello, algunos autores consideran que las nuevas “penas” siguen teniendo naturaleza de “consecuencias accesorias” y comparten su finalidad de prevenir la peligrosidad objetiva, en este caso de la persona jurídica: GRACIA MARTÍN, en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, Lecciones de consecuencias jurídicas, 4ª, 2012, p. 216; LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2ª 2012, 1/35, p. 12, 11/41 ss.; BOLDOVA, en ROMEU/SOLA/BOLDOVA (coord.), DP, PG, 2013, p. 343.

decidió la denominación de “penas” para las medidas aplicables a personas jurídicas. La opción de añadir la multa a las consecuencias accesorias del art. 129 pudo encontrar la objeción de que toda multa encierra un significado *punitivo* distinto al de las consecuencias accesorias. Su inclusión entre las “penas” abría la puerta a la responsabilidad *penal* de la persona jurídica y a poder prever también otras “penas” – aunque fueran las mismas que se siguen previendo como consecuencias jurídicas para las entidades desprovistas de personalidad jurídica.

Es cierto que, a diferencia de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, la multa tiene carácter *punitivo*, pero también tienen este carácter las sanciones administrativas y las “penas” civiles (como las acordadas en las “cláusulas penales” de un contrato) y, no obstante, no comparten el significado de reproche ético-jurídico *fuerte* propio de la pena criminal clásica. De hecho, en el Derecho italiano actual las sanciones que los jueces penales pueden imponer a las personas jurídicas se consideran de naturaleza materialmente *administrativa*¹¹ –así como también en nuestro país los jueces penales pueden imponer sanciones *administrativas* a quien perturba el orden en las vistas orales.

Si bien la multa también existe como pena para personas físicas, es necesario distinguirla de la multa prevista para personas jurídicas, de modo parecido a cómo debe distinguirse entre la multa administrativa y la penal. Aunque en todas ellas se impone el pago de una cantidad económica, la multa administrativa no tiene el mismo significado de reproche ético-jurídico que la multa penal clásica, sino que es puramente *coercitiva*. Del mismo modo, puede y debe distinguirse la nueva multa para personas jurídicas de la prevista para personas físicas *por no poder tener aquella el sentido de reproche al autor culpable* de un hecho –puesto que se impone a quien no es autor ni partícipe en el hecho y tampoco requiere culpabilidad de la persona física responsable–. La “pena” para personas jurídicas ha de verse, igual que la administrativa, como un medio coercitivo¹².

4. *En conclusión:* las “penas” previstas para personas jurídicas deben distinguirse de las penas para personas físicas, tanto por sus presupuestos como por su significado simbólico. Ninguna de las nuevas “penas” puede concebirse como *castigo al culpable* de un hecho. La nueva multa para personas jurídicas habrá de reducir su carga punitiva

¹¹ Así se estableció por el *Decreto legislativo* de 8 junio 2001, nº 231.

¹² Consideran que la “pena” de multa para personas jurídicas tiene una naturaleza material jurídico-administrativa: GRACIA MARTÍN, en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Lecciones de consecuencias jurídicas*, 4ª, 2012, p. 217; BOLDOVA, en ROMEO/SOLA/BOLDOVA (coord.), *DP, PG*, 2013, p. 343.

a la propia de la multa administrativa, con la que compartirá su naturaleza puramente *coercitiva*. Las demás “penas” previstas por el art. 33, 7 CP siguen teniendo la naturaleza de medidas preventivas que poseían y poseen las consecuencias accesorias, con cuyo contenido significativamente coinciden y con cuyo mismo nombre pueden imponerse a los entes sin personalidad jurídica¹³. Cabrá considerarlas como una forma de “responsabilidad penal” sólo a condición de que esta expresión se entienda en un *sentido amplio* que permita incluir todas las distintas consecuencias jurídicas no civiles que la ley penal asocia a hechos típicamente antijurídicos, tanto las que requieren una completa culpabilidad personal, como las penas para personas físicas, como las que no presuponen la culpabilidad del sujeto, como las medidas de seguridad, las medidas-penas para menores, las consecuencias accesorias y las nuevas “penas” para personas jurídicas¹⁴. En este sentido amplio utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el término “pena” cuando incluye en él toda “medida” que “se impone por una condena a causa de un hecho penal” (Sentencia 17-12-2009, 19359/04 – M. contra Alemania)¹⁵.

* * * * *

¹³ La cuestión es, entonces: ¿era verdaderamente necesario prever unas *mismas* medidas con *dos nombres* distintos? ¿no bastaba con la designación unitaria de “consecuencias accesorias”, ampliando y precisando en la medida necesaria sus presupuestos? Aunque la nueva multa pueda tener un significado punitivo, nada habría impedido en realidad incluirla también entre las consecuencias accesorias, como una medida económica y preventiva más (como de todos modos la considera un sector importante de la doctrina). Por otra parte, más importante que la posesión o no de personalidad jurídica es la realidad organizacional de la empresa o de otras realidades colectivas. Por ello, el derecho estadounidense habla de *enterprise liability*, de responsabilidad de la *empresa*, como auténtica realidad. Y el propio CP español viene a reconocer la importancia preeminente de la realidad empresarial cuando su art. 130, 2 establece que “la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión” (nótese que los términos “entidad o entidades” incluyen a las que no tengan personalidad jurídica, lo que puede tener por objeto alcanzar a posibles casos de transformación en una empresa propiedad de una persona física). Y sobre todo cuando el párrafo segundo del citado art. 130, 2 declara: “No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica *cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.*” Se viene a reconocer aquí que la realidad de la empresa es más relevante que la titularidad formal de la personalidad jurídica.

¹⁴ También LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 2.ª 2012, 1/35, p. 13, 11/41, pp. 153 s., admite que pueda utilizarse la expresión “responsabilidad penal de las personas jurídicas” en un sentido amplio, igual como la “Ley de *responsabilidad penal* del menor” incluye las “medidas” para menores de 18 años y mayores de 14. Según ROBLES PLANAS, La Ley, nº 7.705 (29 sep. 2011), p. 14, “cabría interpretar el adverbio “penalmente” contenido en el art. 31 bis CP (...) referido no al fundamento o naturaleza de la responsabilidad, sino al contexto en que ésta se deriva (esto es, en el seno de un procedimiento penal). El fundamento y naturaleza de esa responsabilidad de la persona jurídica es, por el contrario, ajeno al Derecho penal.”

¹⁵ Cfr. FRISCH, W., Festschrift f. Wolter, 2013, p. 353, nota 14.

El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro¹

~Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago~

Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

«El punto de partida de cualquier economía es la industria de la manufactura: la fabricación de cosas. El dinero que no está respaldado por la industria no es más que papel mojado»

Hajima KARATSU, Financial Post, 1990

Resumen. En el presente estudio se aboga por la permanencia del delito societario de administración desleal del actual art. 295 CP frente a su prevista derogación en el Proyecto de Ley de reforma de CP de 2013. Se entiende por el autor que la administración desleal como delito societario tiene características propias en orden a su naturaleza, bien jurídico protegido, tipo objetivo y tipo subjetivo, que permiten mantener este delito en el contexto de los demás delitos societarios, formando todos ellos un grupo de delitos con entidad singular, en los que se pretende proteger el principio democrático en las sociedades mercantiles frente a las patologías de su gestión oligárquica. Todo ello, en el contexto de una economía capitalista productiva y no meramente especulativa, generadora de empleo frente a la crisis económica. El previsto delito genérico de administración desleal de patrimonios ajenos no colmaría el hueco que dejaría la derogación del actual delito societario.

I. INTRODUCCIÓN: LOS DELITOS SOCIETARIOS

Si el lector tuviera que datar la siguiente cita, no dudaría en fijarla en estos años de dura crisis económica. Años de hierro.

La cita dice lo siguiente:

«El Derecho mercantil debe preconizar severidad inflexible en la vigilancia por la diaphanidad de los negocios y para salvaguarda de la confianza y de la buena fe de los ciudadanos honestos (...) En nuestros días, que son de moral fácil, de arribismos desenfrenados, de empresas turbias, de negocios tentadores, con solo la mira del lucro sin entrañas, bajo el espejuelo de cifras con cientos de millones, palacios grandiosos, lujosas oficinas y Consejos de Administración formados por personajes decorativos, la ley y el Derecho han de crear los cauces por lo que discurran la honradez y la moderación en los tratos y en los negocios...».

¹ Artículo publicado en el Diario La Ley, 8290, con fecha de 10 de abril de 2014. El presente estudio se remite en cuanto a los delitos societarios, bibliografía y jurisprudencia a la obra de SEQUEROS SAZATORNIL, F./DOLZ LAGO, M. J., Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores, 3.ª ed., Madrid, La Ley Actualidad, 2013. Por ello, sólo citaremos cuando hagamos referencia a la doctrina, el apellido del autor y año de su trabajo, debiéndose consultarse la cita completa en el libro indicado. Por lo que respecta a la jurisprudencia, se encontrará un extracto literal de las sentencias citadas en el mismo libro de referencia. También indicamos que en este artículo doctrinal se expresan, parcialmente, conceptos y argumentos recogidos en dicho libro, de autoría original de SEQUEROS, complementados y desarrollados por mí frente a la cuestión que motiva el mismo, cual es la pretendida derogación del delito societario de administración desleal y nuestra posición contraria a ello, vinculada a la función económica de las sociedades mercantiles en nuestro orden socioeconómico capitalista como productores de bienes y servicios en el mercado, con importantes repercusiones positivas en la creación o mantenimiento del empleo, en el contexto de la crisis económica.

Sin embargo, este texto se escribió en los años anteriores a la Gran Depresión de 1929, por el que fue fiscal del TS, el notario D. Diego María Crehuet entre los años 1925 a 1928 y posteriormente presidente de las Salas 1.^a, de lo Civil; 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo; y 2.^a, de lo Penal, del TS².

Al parecer, la génesis de la crisis económica actual es muy parecida a otras crisis económicas, sin que la Ley y el Derecho hayan podido evitarlas o, al menos, paliar sus efectos³. Una vez más, se demuestra que la superestructura jurídica, que es el sistema jurídico, queda al dictado de la infraestructura económica propia del modo de producción capitalista⁴, que en sus cíclicas crisis asola y destruye el empleo, principal preocupación de los españoles y objetivo propagandístico de la actual política gubernativa⁵.

Esto no obstante, no está de más recordar que los delitos societarios regulados en nuestros arts. 290 a 297 CP, dentro del Capítulo XIII, del Título XIII, que se rubrica «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», del Libro II, se introdujeron con la reforma del CP realizada mediante LO 10/1995, de 23 noviembre, tras reclamarlo

² Véase DOLZ LAGO, M. J., *La Fiscalía desde sus élites (1884-2011)*, autoedición electrónica, Amazon, 2012, pp. 203 ss. y *Obras de Diego María Crehuet*, ed. homenaje de sus amigos y compañeros de Notariado, Secretariado, Magistratura, Fiscalía y Academia, Madrid, Ed. Escelicer, 1950. El texto citado se encuentra en la p. 57 de esta obra, Sección Escritos oficiales, y corresponde a la Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal en la solemne apertura del Año Judicial el 15 de septiembre de 1926, dentro del capítulo «Reformas legislativas» en referencia al Derecho mercantil.

³ Véanse los monográficos de la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, titulados *Crisis económica: Diagnósticos y Pronósticos*, 28, 2012 y 29, 2012. En este último, los estudios de DE LA VILLA, L. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y MERCADER UGUINA, J. sobre la reforma laboral, pp. 4-37. También, en relación con España, COLINO, C./COTARELO, R. (comp.), *España en crisis. Balance de la segunda legislatura de Rodríguez Zapatero*, Valencia, Tirant Humanidades, 2012, y SANCHEZ-CUENCA, I., *Años de cambios, años de crisis. Ocho años de gobiernos socialistas, 2004-2011*, Madrid, Los libros de la Catarata y Fundación Alternativas, 2012. Desde el punto de vista comparativo, DEL PINO, E./RUBIO LARA, M. J. (eds.), *Los Estados del Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, Madrid, Ed. Tecnos, 2013. Para un análisis de economía política, GÓMEZ SERRANO, P. J. (coord.), *Economía política de la crisis*, Madrid, Ed. Complutense, 2011 y Monográfico de la Revista *Sistema*, 225-226, 2012, titulado «Economía de las políticas públicas», con estudios de KLINDT, M. P. y HALKJAER sobre la flexiseguridad y el modelo laboral danés y de FERNÁNDEZ-MACÍAS, E. sobre la política laboral española. Monereo Pérez, J. L./SÁNCHEZ MONTOYA, J. E. (dirs.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Comares, 2010. En prensa, mi estudio *Los delitos contra la seguridad social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad*, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*.

⁴ Para una aproximación al marxismo en sus textos originales, véase TIerno GALVÁN, E., *Antología de Marx*, Cuadernos para el Diálogo, 1975. En relación con el Derecho, es de interés la obra de STUCKA, P. I., *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, Barcelona, Ediciones Península, 1969, prólogo y traducción de Juan-Ramón Capella.

⁵ Es innecesario recordar que todas las encuestas del INE destacan el paro como la principal y primera preocupación de los españoles, habiéndose convertido la recuperación del empleo en el primer objetivo propagandístico de la actividad gubernativa, a la vista de la cifra de 5.896.300 de parados, según la última Encuesta de Población Activa (EPA) correspondiente al cuarto trimestre del 2013.

la doctrina científica, a la vista de la inoperancia de los tipos comunes de estafa, apropiación indebida, falsedades, insolvencias u otros delitos, para afrontar la delincuencia generada dentro de las sociedades mercantiles por parte de algunos de sus gestores, —decimos nosotros— grandes responsables de esta crisis económica y financiera, en cuanto oligarquía tan desleal e infiel como insolidaria con los intereses generales, tanto de las sociedades que representaban como de la sociedad en general.

El delito societario de administración desleal del art. 295 CP, es uno de estos delitos societarios, que ha tenido una vida más conflictiva tanto en su aplicación práctica e interpretación jurisprudencial, de forma que corren nuevos tiempos en los que se propugna su desaparición para integrarlo en un nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos, de corte netamente patrimonial.

La finalidad de este pequeño trabajo es reflexionar sobre la improcedencia de tal derogación del delito societario, después de hacer una síntesis de los perfiles jurisprudenciales básicos del mismo.

II. PERFILES JURISPRUDENCIALES DEL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

1. Naturaleza: delito de resultado o de daño

No parece que haya excesivas discrepancias en cuanto a la naturaleza de delito de resultado o de daño o de perjuicio de este delito societario, frente a los llamados delitos de peligro.

Así, la STS, Sala 2.^a, 655/2010, de 13 de julio (BERDUGO), a la que siguen otras como la STS, Sala 2.^a, 1046/2010, de 29 de noviembre (SÁNCHEZ MELGAR), sintetiza esta cuestión en los siguientes términos:

«... el tipo se configura como un tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes ("depositarios" dice la norma), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de tales personas. En este punto puede ser útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).

(...)

El delito es de resultado en su sentido más tradicional, es decir, que se precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas: disponer de bienes o contraer obligaciones. El resultado es un "perjuicio económicamente evaluable", entendiendo por "perjuicio" tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. "Económicamente evaluable" significa que se pueda concretar el

valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial.

En definitiva, tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren —como se dice en la STS 841/2006 de 17 de julio— la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así) de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendido en la norma penal. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en sentencias 915/2005 de 11 de julio, 402/2005 de 10 de marzo, 554/2003 de 14 de abril» (FJ 5.º).

Sobre si estamos en presencia de un delito de peligro o no, sólo se planteaban problemas a la vista de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma del CP aprobado por el Gobierno en fecha 11 de diciembre de 2012 y del Proyecto de Ley de fecha 4 de octubre de 2013 cuando dice:

«La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro. Se incluye, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado».

Como sostuvo el informe del Consejo Fiscal aprobado en su reunión de fecha 8 de enero de 2013, en relación con el Anteproyecto, en relación con la puesta en peligro del patrimonio,

«... nos parece altamente perturbadora y debería suprimirse. Eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el parágrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la Sexta reforma de 1998 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado a una interpretación extensiva del perjuicio económico que aproxima al parágrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado. Una cosa es que el daño típico pueda concretarse bajo la forma de la asunción de un riesgo. Será así en los casos en que la celebración de un "negocio de riesgo" termina en una reducción, efectiva y mensurable en términos pecuniarios, del patrimonio de la unidad económica. En este sentido se habla de "creación de peligro dañosa" (schädigenden Gefährdung) o de "daño de riesgo" (Gefährdungsschaden) cuando se excede el nivel de riesgo pactado con el titular o el permitido por la *lex artis*, y otra distinta que la puesta en peligro del patrimonio sea equiparable al daño (BGH, Tribunal Supremo alemán, de 18 de octubre de 2006, 2 StR 499/2005 caso Kanther/Weyrauch y de 29 de agosto de 2008, 2 StR 587/2007, caso Siemens/KWU). Sería mejor que el prelegislador hiciera mención a un criterio individual-objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso el acto que, aunque no produzca una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartida las cosas adquiridas, se compromete la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obliga a reducciones en las prestaciones a que está vinculada, como ocurriría en el caso en que un administrador de una compañía de gas comprara 600 obras de arte lujosas sin justificación, concepto que por otra parte sería de gran utilidad para los tipos de malversación. Este, como otros

tantos (grado de esencialidad del deber de fidelidad y de autonomía del autor en la gestión, problema de los negocios jurídicos inválidos que atribuyen la administración), es un tema cuyos límites han de dejarse a la jurisprudencia, sin que el legislador pueda pretender una interpretación auténtica que no viene insinuada claramente por el texto de la norma, que configura el tipo como uno de resultado y no como uno de peligro».

Con posterioridad, el Proyecto de Ley en tramitación, en su exposición de motivos suprime estas referencias al peligro, indicando en su lugar lo siguiente:

«La reforma supera además la referencia a un "perjuicio económicamente evaluable" que contenía el derogado art. 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorados los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado)».

En consecuencia, puede concluirse que estamos claramente ante un delito de resultado lesivo material originador de un perjuicio funcional a la sociedad.

2. Bien jurídico protegido

Al aparecer encuadrado el delito de administración desleal en el Título XIII del Libro II del CP, debería inicialmente deducirse que el bien jurídico protegido es el patrimonio o el orden socioeconómico. Sin embargo, un análisis concreto de sus presupuestos y condicionamientos nos desvelan otras metas añadidas por la previsión del legislador. Y es que en efecto, como se deduce del análisis de los demás tipos societarios, subyace en todos ellos una concepción tuitiva del sistema socioeconómico en general y particularmente del orden económico, dada la relevante función que las sociedades desempeñan en él⁶.

Desde esta perspectiva el orden económico debe interpretarse en clave de su regulación jurídica en relación con el intervencionismo estatal en la economía, que como destaca RODRÍGUEZ-MOURULLO:

«... no viene a ser otra cosa que una parte del denominado Derecho económico, es decir, del Derecho de la economía dirigida por el Estado». Sin embargo y como bien matiza el autor, esta

⁶ Sobre este papel, véase SEQUEROS SAZATORNIL, F./DOLZ LAGO, M. J., Delitos societarios, 2013, capítulo I.

concepción amplia y extensiva del orden socioeconómico y del Derecho penal socioeconómico, se revela escasamente útil tanto desde su perspectiva dogmática como de política criminal, en la medida en que como categorías no constituyen, ni siquiera en su sentido más estricto, el contenido de un bien jurídico concreto. Por lo que al no aludir tampoco a un conjunto heterogéneo de bienes constituye a lo sumo una categoría de referencia que engloba un conjunto más o menos sistematizado de valores económicos»⁷.

Frente a la amplia concepción citada, y de manera diametralmente opuesta, buscar la identidad del bien jurídico protegido en el patrimonio particular de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores y capital administrados, en definitiva: en la protección de intereses individuales concretos, se presenta como solución más coherente con su naturaleza inequívoca de delito patrimonial.

En ese orden, no puede dejar de reconocerse que ésa es la primera impresión que se obtiene tras la lectura del art. 295 al no estar mencionada la sociedad como uno de los sujetos perjudicados. Sin embargo, un examen más detenido de la dicción literal del precepto permite aseverar que paralelamente se está protegiendo la integridad del capital social, en la medida en que la sociedad es la titular y depositaria de los bienes administrados pertenecientes particularmente a cada uno de aquéllos.

Llegados a este punto convenimos con Castro Moreno que lo más correcto hubiera sido contemplar expresamente como bienes jurídicos protegidos los intereses de la sociedad y a lo sumo los de los socios, pero no los de otros sujetos que se relacionan con aquélla —depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes administrados—, cuyos intereses deben ser tutelados a través de la protección del patrimonio social⁸.

El delito de administración desleal se incorpora al CP 1995 como un delito especial propio ante la exigencia de que los sujetos activos sean los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, siempre que cumplan los condicionamientos y presupuestos exigidos en el art. 297 CP. Se configura en definitiva como un delito de administración desleal, únicamente, referido a sociedades, en el que el deber de lealtad de aquéllos lo es para con la sociedad administrada más que con respecto a los sujetos que como perjudicados se reseñan en el precepto. El delito, en conclusión se vertebra sobre la ruptura de la confianza depositada por la sociedad y el quebranto de la lealtad a ella debida por los administradores.

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, 2009.

⁸ Cfr. CASTRO MORENO, A., 1998.

Sin su previsión normativa quedarían impunes una serie de ataques graves al patrimonio ajeno perpetrado precisamente por quienes tienen como primera obligación velar por él.

Por lo que en consecuencia encajarían dentro de dicha acepción conductas que reiteradamente se han reproducido sistemáticamente en la mayoría de las crisis bancarias, como las de obtención por los administradores de préstamos de la sociedad en beneficio directo de sociedades por ellos controladas, así como otros comportamientos que han proliferado en algunos escándalos financieros, como la utilización indebida de fondos sociales para atenciones personales, el traspaso a la sociedad de las cargas y obligaciones de contratos en los que el beneficiario personal sea el administrador, la adquisición por la sociedad de bienes a precios revalorizados y por encima del precio de mercado con el fin de beneficiar al vendedor (fiduciario por lo general del administrador) o el pago de cantidades por servicios profesionales supuestos que en la realidad no se han verificado como los casos en los que el administrador ordena el pago de servicios inexistentes o de dudosa ejecución (informes aparentemente realizados, certificaciones y facturas por obras o instalaciones no acometidas, etc.)⁹ así como también la percepción por parte del administrador o de terceros de remuneraciones desproporcionadas, infringiendo normas legales, estatutarias o decisiones acordadas en asamblea de socios.

Pudiendo también incluirse los supuestos de autocartera, consistentes en la adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones o de acciones emitidas por su sociedad dominante¹⁰ así como las situaciones conflictivas que puedan plantearse en

⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., 1996.

¹⁰ En este orden el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (en adelante TRLSC 2010), antes la LSA, establece la prohibición expresa en el caso de adquisición originaria (arts. 134 y ss., antes art. 74 LSA) sometiendo a una serie de requisitos la derivativa (arts. 146, antes arts. 75 a 78 LSA). Regulando en el art. 139, antes art. 76 LSA, las consecuencias legales de la infracción, así como en el 145, antes art. 78 LSA, la obligación de enajenar las acciones citadas en el plazo de tres años, a contar desde su adquisición con las excepciones en el mismo establecidas.

Los negocios sobre acciones propias que regulaba la LSA, ahora el TRLSC 2010, son de tres clases: a) las clásicas operaciones de adquisición, originaria o derivativa, de acciones, que pueden dar lugar a la formación de lo que en la práctica se denomina autocartera; b) la aceptación en garantía de acciones propias y c) la asistencia financiera a terceros para la adquisición de acciones propias.

Bajo la denominación de adquisición originaria de acciones propias la ley se refiere a las operaciones de autosuscripción de acciones propias por la sociedad emisora, o de suscripción de acciones por una sociedad dominada en las emisiones de su sociedad dominante; estableciendo el art. 134 TRLSC 2010, antes art. 74 LSA, en efecto, de manera clara y terminante su prohibición: «en ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominantes».

En el supuesto de que se infrinja esta prohibición la ley dispone (art. 136.1 TRLSC 2010) que las acciones suscritas «serán de propiedad de la sociedad anónima suscriptora». En cualquier caso, cuando se

relación con los grupos de empresas o grupos de sociedades en los que se articulan varias entidades jurídicamente autónomas bajo la dirección económica de una de ellas, y que tanto en sentido horizontal (uniones de sociedades dedicadas a actividades del mismo ramo, que convergen con un régimen de concurrencia en las mismas fases del ciclo productivo), como en sentido vertical (al actuar planificando su intervención de manera sucesiva y complementaria en las distintas fases de elaboración de un determinado bien) en las que una sociedad denominada dominante puede imponer su voluntad sobre las demás¹¹. Delitos cometidos desde el abuso de los poderes especiales otorgados para representar los intereses contrariados, que con traducirse en una inmediata lesión del patrimonio administrado repercuten necesariamente en el orden socioeconómico en el que aquél se halla englobado.

Es precisamente en este orden donde el tipo societario debe poner el acento, particularmente con la moderna concepción de la sociedad abierta utilizada en la actualidad para operar en los mercados, en la que la despersonalización de sus componentes, alejados de su administración, la hace más vulnerable a prácticas de corrupción por su mayor desprotección.

trate de suscripción de acciones propias, la obligación de desembolsar las citadas acciones «recaerá solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y en caso de aumento del capital social, sobre los administradores» (art. 136.2 TRLSC 2010); disponiendo el mismo precepto en su ap. 3.º que: «cuando se trate de asunción de participaciones o de suscripción de acciones de la sociedad dominante la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los administradores de la sociedad dominante». De igual manera en el caso de que la asunción o suscripción haya sido realizada por persona interpuesta «los fundadores o promotores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del desembolso de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas. 2. La misma responsabilidad alcanzará a los promotores de la sociedad anónima» (art. 137 TRLSC 2010). En cualquier caso, en los supuestos contemplados quedarán exentos de responsabilidad quienes demuestren no haber incurrido en culpa, según dispone el art. 136 TRLSC 2010. Con posterioridad a la emisión de acciones, la ley admite, sin embargo, que la sociedad adquiera de tercero que no sea persona interpuesta acciones propias o de su sociedad dominante, regulando esta modalidad adquisitiva en los arts. 146 y ss. TRLSC 2010, antes arts. 75 y 76 LSA, sin especificar la clase de operaciones concretas de adquisición, por lo que habrá que entender que estos preceptos la autorizan en cualquier negocio que atribuya la titularidad de la condición de socio y el consiguiente ejercicio de los derechos correspondientes. Estaríamos en el supuesto de adquisición derivativa condicionales, antes denominadas de acciones propias.

No obstante la adquisición por la sociedad de sus propias acciones o de la sociedad dominante aparece condicionada en el primero de los preceptos citados al cumplimiento de una serie de requisitos así como al establecimiento de ciertas limitaciones enumeradas en el art. 146.1 TRLSC 2010. Entre las limitaciones más importantes establecidas para el régimen de las acciones propias el art. 148 a) TRLSC 2010 dispone, por un lado, que: «quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante» estableciéndose a los efectos del cálculo en la formación de las mayorías que: «las acciones propias se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la Junta» [art. 148 b) TRLSC 2010].

¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., 1998.

Es de destacar como en este punto —observa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS— la moderna sociedad de capital ha pasado de un régimen de democracia societaria, caracterizado por el control de la mayoría de capital, a un régimen oligárquico, en el que el control lo ostentan los administradores y grupos minoritarios. Debido a la dispersión del capital y a la complejidad de las actividades económicas en las grandes sociedades modernas los socios no pueden ejercer de hecho un control efectivo sobre la actividad de los administradores¹².

Por ello en definitiva el delito de administración desleal debe contemplarse en su doble dimensión de delito contra el patrimonio y contra el orden económico, encajado plenamente en la rúbrica que intitula el Título XIII del Libro II, ya que desde la protección dispensada en el CP no sólo se tutelan los intereses patrimoniales sino también, además, la estructura económica en su conjunto en el que la sociedad como unidad operativa aparece integrada.

La jurisprudencia, no obstante, se ha atendido a un concepto más estricto de bien jurídico protegido, centrándolo bien en el patrimonio social a través del patrimonio de los sujetos pasivos enumerados en el tipo penal (socios, depositarios —depositantes— cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores y capital administrados), destacándose con ello la faceta patrimonial del delito, bien en la relación de confianza y lealtad entre la sociedad y los administradores, lo que pone el acento en la dimensión de delito defraudatorio.

Con carácter general, la STS, Sala 2.ª, 769/2006 de 7 de junio (SAAVEDRA) señala lo siguiente en su FJ 2.º:

«Centrándonos ya en este ámbito exclusivo de la administración desleal, es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico. Hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas, SSTs 867/2002, caso Banesto, y 71/2004, caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, sino únicamente que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo...»

Destacando el aspecto patrimonial, la STS, Sala 2.ª, 655/2010, de 13 de julio (BERDUGO), dice:

¹² Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., 1997.

«... el tipo se configura como un tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes ("depositarios" dice la norma), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de tales personas. En este punto puede ser útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).»

Por otra parte, resaltando la relación de confianza quebrada, desde la perspectiva defraudatoria, la STS, Sala 2.^a, 707/2012, de 20 de septiembre (BERDUGO), afirma:

«... Pero también es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que el tipo no conlleva necesariamente el *animus rem sibi habendi*, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasional al principal, y que hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas 867/2002, caso Banesto y 71/2004, caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, bastando la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido, esto es la despatrimonialización de la sociedad, que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo...»

La confianza, como sostenemos en el libro de referencia ya citado, es más un presupuesto de la acción que un elemento de la misma, dado que el administrador tiene un estatus legal que le impone una serie de deberes de fidelidad y lealtad, entre otros¹³, los cuales se fundamentan en la relación de confianza, que se ve traicionada por el administrador infiel.

En conclusión, nosotros pensamos que, en realidad, el bien jurídico protegido es la función económica de la sociedad mercantil bajo el principio democrático en la toma de sus decisiones y el control de sus gestores, en el contexto de una economía capitalista productiva y no meramente especulativa para la producción de bienes o servicios en el mercado¹⁴.

¹³ Ver arts. 225 a 232 TRLSC 2010, en los que se regulan el deber de diligente administración, deber de lealtad, prohibición de utilizar el nombre de la sociedad e invocar la condición de administrador para operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas, prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, situaciones de conflictos de intereses, prohibición de competencia, personas vinculadas a los administradores y deber de secreto.

¹⁴ No se olvide que el art. 297 CP da un concepto auténtico de sociedad haciendo referencia a su participación de modo permanente en el mercado, lo que ha permitido excluir de personas jurídicas que no cumplen este requisito.

Este bien jurídico no hay que confundirlo con el objeto material de la acción descrito en el tipo delictivo que consiste en la lesión del patrimonio dinámico de la sociedad mercantil, que impide la obtención de un lícito beneficio económico mercantil.

3. Tipo objetivo: sujetos y conducta típica

En cuanto a los sujetos activos, el actual tipo societario del art. 295 se extiende no sólo a los administradores de derecho, cuya delimitación no parece ofrecer demasiadas dificultades, atendiendo a la legislación mercantil o civil, en punto a los títulos jurídicos de esa condición, sino también a los administradores de hecho, sujetos que no contempla la proyectada reforma legislativa en el art. 252 CP.

Como expresa gráficamente la STS, Sala 2.^a, 59/2007, de 25 de enero (MARTÍNEZ ARRIETA) administrador de hecho es «el que manda en la empresa», y ya en palabras más jurídicas, «el que sin ostentar la condición de administrador de derecho ejerce poderes de decisión» —añadimos— por si o por persona interpuesta. Esto es el *dominus* o el que tiene el dominio de hecho de la acción.

En las estructuras organizativas piramidales es patente que aquellos que ocupan los cargos más elevados de la organización y son los autores intelectuales de las conductas penales se alejan ostensiblemente de la realización de las conductas materialmente típicas, que vienen realizadas por quienes ocupan los escalones intermedios o inferiores de la organización, sobre los que pesan las pruebas directas de la autoría¹⁵. Quedarse, en consecuencia, con el castigo de esos sujetos y no abarcar a los primeros, no es correcto, tanto desde el punto de vista de la delimitación del sujeto activo como de la conducta típica.

En relación con los socios, la adición, sin embargo, de estos últimos a los tradicionales sujetos activos de la infracción, parece responder a una previsión más efectista que efectiva, en la medida en que los socios que no ostentan a su vez la condición de administradores tienen escasas ocasiones para ejecutar la conducta descrita en el tipo en sociedades anónimas, al carecer en su calidad de partícipes de funciones de

¹⁵ Esta idea se expresa con acierto por el magistrado Jorge Barreiro en el voto particular emitido en la STS, Sala 2.^a, 657/2013, de 15 de julio (Granados), en el que se absuelve extrañamente al expresidente de les Illes Balears, Jaume Matas Palou en el llamado caso Concurso, caso Contrato Menor y caso Subvención, de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, confirmando la condena por un delito de tráfico de influencias. Ver DOLZ LAGO, M. J., El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica), Madrid, Ed. La Ley, 2014, y mi comentario jurisprudencial crítico a esta sentencia en Diario La Ley n.º 8201, 28-11-2013.

facultades de disposición, así como de asumir obligaciones que puedan afectar al patrimonio social.

No obstante, en las sociedades de corte personalista, como acaece con la compañía colectiva o comandita simple, los socios que tengan acceso a la administración podrán, potencialmente, llevar a cabo el injusto configurado en el art. 295 CP¹⁶.

Por lo que, en conclusión, a excepción de los supuestos en los que los socios integrados como administradores de hecho en las sociedades de capital, verifiquen los injustos descritos en el precepto, los acometan en su fase interina de sociedad en formación o lo sean de sociedades de corte personalista, no parece factible, en principio, desde su intervención formal en los órganos sociales, que puedan perpetrar la conducta analizada.

El *extraneus*, como sujeto activo, es contemplado en este delito especial propio como una modalidad de participación accesorio de cooperación necesaria ex art. 28 CP, en la STS, Sala 2.^a, 35/2011, de 2 de febrero (RAMOS).

Por lo que respecta al sujeto pasivo, aunque una primera lectura del precepto invita a considerar como perjudicados únicamente a los socios, depositarios¹⁷, cuentapartícipes o titulares de los bienes valores o capital administrados, se evidencia su extensión a la sociedad de dicho concepto¹⁸.

¹⁶ Art. 129 CCom.: «Si la administración de las compañías colectivas no se hubiese limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad».

Art. 130 CCom.: «Contra la voluntad de uno de los socios administradores que expresamente la manifieste, no deberá contraerse ninguna obligación nueva; pero si, no obstante, llegare a contraerse no se anulará por esta razón y surtirá sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que la contrajeran respondan a la masa social del quebranto que ocasionaren».

¹⁷ La mención a los depositarios —*lapsus calami*— debe entenderse referida a los «depositantes». El art. 305 CCom. establece que «el depósito quedará constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que constituya su objeto».

¹⁸ El ACP de 1992 recogía en su art. 298 expresamente a la sociedad como sujeto perjudicado: «1. Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que, prevaleciendo de una información privilegiada, y con perjuicio de la sociedad, de sus socios, de terceros o del libre juego del mercado, adquieran o transmitan, por sí o mediante personas o entidades interpuestas, con ánimo de lucro, títulos representativos del capital social de compañías mercantiles con cotización de los mercados oficiales de valores, serán castigados con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de 6 a 24 meses.

2. Si los hechos se conocieron en el ejercicio de la profesión o actividad del culpable, se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de dos a cinco años.»

Junto a la sociedad —constituida o en formación—¹⁹ se incorpora normativamente un elenco de sujetos vinculados a la actividad de la misma, que como todo *numerus clausus* corre el riesgo de omitir a otros posibles perjudicados, como pudieran ser los mismos obligacionistas²⁰ o cualquier otra persona o entidad que en sus relaciones directas con la sociedad pueda verse perjudicada: arrendatarios financieros, tomadores y beneficiarios de seguros, etc., en la medida en que sólo con dificultades pueden considerarse como «titulares de bienes, valores o capital», quedando excluidos del radio de su comprensión, en cualquier caso, los terceros *stricto sensu*, como portadores o titulares de derechos crediticios ad extra frente a la sociedad²¹.

Por dicha razón, un sector de la doctrina propone *de lege ferenda* una restricción de los sujetos pasivos que debería limitarse a las sociedades estrictamente, cuyos intereses patrimoniales constituyen el objeto de protección de los delitos societarios, aunque indirectamente también se tutelen los de los socios, frente al comportamiento desleal de quienes monopolizan su administración, lo que contribuiría a la reorientación de la administración social fraudulenta a la tutela definitiva de los intereses internos, circunscrita a la protección del patrimonio de la sociedad y de los socios, evitando la inadecuada mezcolanza de intereses de difícil maridaje contemplados en el precepto. Todo ello, en razón de que —como entiende MARTÍNEZ PÉREZ— el delito de administración desleal sólo puede realizarse por el sujeto activo de la infracción frente a quien se tiene el deber de lealtad, particularmente la sociedad y los socios que la integran a través de sus aportaciones²².

La STS, Sala 2.ª, 655/2010, de 13 de julio (BERDUGO), sobre el sujeto pasivo, dice lo siguiente:

«El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que "dispongan fraudulentamente de los bienes" o en que "contraigan obligaciones" han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues "el perjuicio" resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo "a sus socios, depositarios (parece que debiera decir 'depositantes'), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre". Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la

¹⁹ Para el alcance y dimensión de las expresiones «sociedad constituida» o «en formación», analizadas con ocasión del comentario al art. 290 CP, véase epígrafe II.2.1.2 del libro citado. El TRLSC 2010 se refiere a las sociedades en formación en los arts. 36 a 38.

²⁰ Cuyo crédito frente a la sociedad se halla regulado en los arts. 401 y ss. TRLSC 2010, antes arts. 282 y ss. LSA.

²¹ Cfr. en tal sentido el AAP Salamanca de fecha 23 de marzo de 1998, confirmatorio del de inadmisión de la querella, excluyendo incluso al socio en su posición de acreedor de la sociedad como sujeto pasivo de la infracción.

²² MARTÍNEZ PÉREZ, C., 1994.

sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.»

Por lo que respecta a la conducta típica, el comportamiento se desdobra en la opción disyuntiva que el precepto establece, a saber: «disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta»²³.

Sobre esta cuestión, haciendo una síntesis jurisprudencial, lo importante no es tanto que se produzca una disposición similar a la de la apropiación indebida sino que con esa disposición exista PERJUICIO a la sociedad y correlativo BENEFICIO para el sujeto activo (SSTS, Sala 2.ª, 796/2006; 655/2010; 1046/2010; 841/2006...).

La STS, Sala 2.ª, 565/2007, de 21 de junio (Colmenero) estudia el concepto «disposición fraudulenta» y el concepto de engaño diferenciador del de la estafa, para señalar que aquí el engaño como fraude es una característica de la acción pero no resulta causal al perjuicio.

Efectivamente, en la estafa el engaño es previo a la obtención de la confianza del sujeto pasivo, que inducido por error en base a ese engaño realiza un desplazamiento patrimonial en su perjuicio y beneficio correlativo del sujeto activo. Sin embargo en el delito de administración desleal, el engaño o fraude de la disposición parte ya de una confianza previa, a la que responde el deber de fidelidad y de lealtad del administrador para con la sociedad. Por tanto, el engaño no es causal al perjuicio sino una característica de la acción.

Quizás lo más importante de esta conducta típica del delito societario es la causación de un perjuicio a la sociedad y su correlativo beneficio al administrador o terceros. De ahí, que sea un delito de resultado o de daño o de perjuicio. Para el concepto de perjuicio, cabe destacar la STS, Sala 2.ª, 841/2006, de 17 de julio (Sánchez Melgar), que entiende por perjuicio en este delito el quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Se añade que es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. En el concepto de perjuicio lo que se pretende es comprender no sólo una valoración puramente económica sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada.

²³ La incorporación de dicha opción en la conducta típica se introdujo en el texto por mor de la enmienda 400 del GPP, sustituyendo a la redacción inicial que recogía una fórmula más amplia y abstracta.

Estos matices son importantes en orden a la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad que se utilizan, en una especie de malversación, para fines distintos a los que están afectos en el patrimonio social²⁴.

La STS, Sala 2.^a, 1046/2010, de 29 de noviembre (SÁNCHEZ MELGAR), recuerda que en relación con el perjuicio no se exige cuantía mínima superior a 400 euros, al contrario de lo que ocurre en otros delitos patrimoniales, que llevan a falta esas infracciones cuando la cuantía no rebasa la referida cantidad.

En la segunda modalidad de la acción, el precepto establece como acción dinámica la de contraer obligaciones a cargo de la sociedad gravando con las mismas el activo de la entidad con prestaciones cuya satisfacción soporta éste y cuya realización conforma el abuso al que hemos aludido, al constituir en sí mismas extralimitaciones o desviaciones de los cometidos del administrador.

Las obligaciones asumidas comportan, en consecuencia, una disminución del patrimonio social, que tanto se puedan expresar a través de negocios que impliquen traslación de dominio de un bien concreto, propiedad de la entidad, como de la imposición de cargas a éstos (hipoteca, prenda, etc.).

En este orden, además del uso de dichas garantías en detrimento de la sociedad, podrían incardinarse acciones fraudulentas como la obtención por los administradores de créditos en su propio y exclusivo beneficio, cuyo incumplimiento generaría además la ejecución de la garantía; la transferencia a la sociedad de los aspectos negativos o las cargas derivadas de una operación propia de los administradores o la adquisición de acciones de la sociedad con cargo al patrimonio de la misma y «aparcadas» en poder de fiduciarios con el fin de disponer de sus derechos políticos para definitivamente conseguir la mayoría necesaria para la aprobación de su política de gestión o de acuerdos polémicos²⁵.

En ambos casos la *actuación* debe ser *fraudulenta*, en razón de que la administración del patrimonio no se orienta prioritariamente al beneficio de la sociedad, sino al de los administradores o terceros²⁶.

²⁴ Para mayores reflexiones acerca de esta cuestión, véase BACIGALUPO, E., El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal (Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens, Diario La Ley, 7295, 1-12-2009.

²⁵ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., 1997.

²⁶ Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, 1996.

La STS, Sala 2.^a, 655/2010, de 13 de julio (BERDUGO) recuerda que el perjuicio causado tiene que ser económicamente evaluable, indicando:

«... entendiendo por "perjuicio" tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. "Económicamente evaluable" significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial.

En definitiva, tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren —como se dice en la STS. 841/2006 de 17 de julio— la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así) de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendido en la norma penal. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en sentencias 915/2005 de 11 de julio, 402/2005 de 10 de marzo, 554/2003 de 14 de abril. (FJ 5.º).»

Mayor dificultad supone desentrañar cuando el perjuicio aludido ha sido como consecuencia directa de actuación de los administradores —como exige el precepto— o indirecta o refleja, en cuyo caso, no quedaría cubierta la transgresión por el precepto abordado.

La cuestión no deja de ser relevante planteando —a juicio de VALLE MUÑIZ— serios problemas de interpretación, al imponerse normativamente las condiciones en sede de relación de causalidad de imputación objetiva que en la práctica pueden suponer barreras infranqueables para la intervención penal.

Y es que en efecto —como observara el malogrado autor—:

«... a poco que se conozca la realidad del mundo societario se convendrá en que las posibilidades de imputar objetivamente una disminución del valor económico del patrimonio de un socio a determinado comportamiento del administrador o administradores de una sociedad mercantil es mínima. Las innumerables variantes a que está sujeto el valor económico de la participación de un sujeto en una sociedad mercantil, convierten en gigantesca la tarea de aportar elementos probatorios que permitan afirmar el nexo causal y las condiciones de imputación objetiva»²⁷.

En cualquier caso, ambos comportamientos: disposición fraudulenta de bienes de la sociedad y contracción de obligaciones a cargo de ésta, no deben conducir a una separación conceptual de su significado, en la medida en que en muchas ocasiones pueden coincidir.

En este orden, en efecto, la segunda de las conductas descritas constituye con su amplitud una modalidad de administración irregular abierta a cualquier tipo de gravamen sobre bienes inmuebles que se traduzcan en una reducción o disminución de su valor venal.

²⁷ Cfr. VALLE MUÑIZ, 1996.

En esa dimensión, la constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad para garantizar el cumplimiento de obligaciones personales, constitutiva de uno de los ejemplos más típicos de administración desleal, se configura estructuralmente como un acto complejo en la dinámica descrita en el art. 295 CP que tanto puede incardinarse como acto de disposición fraudulenta de bienes sociales: cuando el crédito se solicite en nombre de la sociedad y para ella desnaturalizando su finalidad al aplicarlo a los usos propios del administrador, como contracción de obligaciones: cuando el préstamo se solicita a nombre de los administradores gravándose no obstante el patrimonio social en garantía de su devolución.

4. Tipo subjetivo

La descripción utilitarista incorporada al precepto referida a que la acción diseñada se acometa «en beneficio propio o de un tercero» destaca un elemento subjetivo del injusto equiparable al ánimo de lucro exigido en el art. 291 a los accionistas y administradores, cuya inexistencia llevaría aparejada la inaplicación del precepto a situaciones en las que llevándose a término los comportamientos descritos éstos no reportasen beneficio alguno para los sujetos activos de la infracción o terceros interesados. Entendiéndose esa falta de beneficio afectada a la estructura del tipo y no a su grado de ejecución.

El beneficio aludido, que en otros comportamientos delictivos puede desbordar el marco económico en el que normalmente se patentiza afectando a otras áreas del bienestar, en el art. 295 CP debe restringirse el aspecto crematístico o pecuniario, de tal manera que se excluya cualquier otro beneficio que no es traducible en dinero. Y ello en razón de que la pena privativa de libertad con que se sanciona la conducta se contempla como principal alternativa a la de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

Se exige además en el precepto, en el área de la intencionalidad, que la acción típica se verifique con abuso de funciones y de manera fraudulenta, lo que refuerza la teoría de que únicamente a través del dolo directo de primer o segundo grado puede cometerse la infracción. Conceptos, por otra parte, que ya han sido abordados al analizar el contenido de la conducta típica y a los que nos remitimos en aras de evitar repeticiones.

Con la concurrencia de los tres elementos subjetivos descritos: beneficio propio o de un tercero, abuso de funciones y disposición fraudulenta se robustece de tal manera

el dolo del autor que permite concluir con la eliminación del dolo eventual como expresión de conciencia del autor.

La STS, Sala 2.ª, 1046/2010, de 29 de noviembre (SÁNCHEZ MELGAR) afirma:

«... El tipo no conlleva necesariamente el animus rem sibi habiendi, aunque tampoco lo excluya, y ordinariamente concurrirá, por lo que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal...»

5. Supuestos concursales

La jurisprudencia sobre los supuestos concursales con el delito de apropiación indebida está en quiebra matizada, ya que si bien es cierto que en las primeras sentencias donde se estudió esta cuestión, sobre hechos cometidos antes de la vigencia del CP 1995, por mor de su aplicación más favorable al contener el delito societario del art. 295 CP penas inferiores que el de apropiación indebida del art. 252 CP, se optó por la teoría de los círculos secantes para explicar geométricamente el concurso de normas o leyes y aplicar el criterio del delito más grave, en virtud del llamado principio de alternatividad del art. 8.4 CP, en detrimento del de especialidad, dada la penalidad más benévola del precepto especial que era el delito societario, no es menos cierto que ya en el año 2005, 2007, 2009 y 2013 surgen sentencias que se apartan de la teoría del concurso de normas para matizar el mismo y dar sustantividad propia al delito societario frente a la apropiación indebida negando que, en realidad, estemos en presencia de delitos que se solapan²⁸.

En efecto, la STS, Sala 2.ª, 224/1998, de 26 de febrero (JIMÉNEZ VILLAREJO), caso Argentinia-Trust ya apostó con por el concurso de normas, la STS, Sala 2.ª, 867/2002, de 29 de julio (MARTÍN PALLÍN), caso Banesto se refirió a las figuras geométricas de los círculos concéntricos y secantes, que había expresado CONDE-PUMPIDO FERREIRO en unos comentarios doctrinales, en 1997. Le siguen en esa tesis las SSTS, Sala 2.ª, de 15 de diciembre de 2000, de 7 de noviembre de 2002, de 22 de octubre de 2003, de 26 de julio de 2004 y de 2 de noviembre de 2004 hasta que la STS, Sala 2.ª, 915/2005, de 11 de julio (COLMENERO) quiebra matizadamente la teoría del concurso de normas.

No obstante lo cual, mantienen con posterioridad la teoría del concurso de normas las SSTS, Sala 2.ª, 23 de noviembre de 2005, de 7 de junio de 2006, de 17 de junio de

²⁸ Es significativa la conferencia dada en 2009 por el entonces magistrado de la Sala 2.ª TS, Adolfo PREGO, publicada en el Diario La Ley, 719, de 20-2-2009, titulada Apropiación indebida y administración desleal: una propuesta de diferenciación, que sigue las tesis de las SSTS, Sala 2.ª, 915/2005, de 11 de julio y 565/2007, de 21 de junio (COLMENERO) y adelanta los criterios expresados en la STS, Sala 2.ª, 294/2013, de 4 de abril (MARCHENA).

2006, de 11 de julio de 2005 y de 11 de abril de 2007 hasta que de nuevo, la STS, Sala 2.ª, 565/2007, de 21 de junio (COLMENERO) vuelve a quebrar esa línea jurisprudencial mayoritaria así como se explica en la STS, Sala 2.ª, 603/2009, de 19 de mayo, del mismo ponente.

La STS, Sala 2.ª, 707/2012, de 20 de septiembre (BERDUGO) recuerda los avatares de esta evolución jurisprudencial resumiendo la misma y señalando que cuando el exceso del administrador es intensivo (esto es dentro de sus funciones) estaríamos en el delito societario mientras que si es extensivo (fuera de su función) estaríamos ante la apropiación indebida. Anotando, en último término, que el criterio doctrinal del apoderamiento podría servir para estas distinciones, al señalar que si lo hay es apropiación indebida y si no, administración desleal.

Estos criterios, exceso intensivo o extensivo, o apoderamiento, tampoco parecen criterios muy convincentes cuando el texto legal del delito societario de la administración desleal del art. 295 CP habla de abuso de funciones, lo que puede situar la conducta fuera de estas funciones al excederse de las mismas, y de beneficio propio o de tercero, lo que no descarta el apoderamiento.

Más recientemente, la STS, Sala 2.ª, 294/2013, de 4 de abril (MARCHENA) se alinea en la negación del concurso de normas, dando sustantividad propia y diferenciada al delito societario de administración desleal frente a la apropiación indebida, desde las perspectivas anotadas en el 2005, 2007 y 2009, al parecer, con un horizonte en el que se atisba la asunción de este último criterio por la corriente jurisprudencial mayoritaria hasta el momento.

III. CONCLUSIONES: POR LA PERMANENCIA DEL DELITO SOCIETARIO

En síntesis, atendiendo incluso a la última corriente jurisprudencial, que da entidad propia al delito societario de administración desleal, apuntamos que tanto por su naturaleza, bien jurídico protegido, tipos objetivo y subjetivo, debería permanecer este delito societario y no ser derogado²⁹, con pérdida de su identidad en el genérico delito patrimonial de administración desleal de patrimonios ajenos.

²⁹ Reclama también su permanencia el documentado y crítico informe del CGPJ de fecha 16 enero 2013 al Anteproyecto de ley de 11 de octubre de 2012, al decir: «La creación de un tipo genérico de administración desleal no debería llevar a la supresión del tipo específicamente societario, pues bien

En efecto, ya concluyendo, casi telegráficamente, podemos indicar las singularidades de un delito societario de administración desleal que abonan su permanencia en nuestro CP.

Bien jurídico protegido: función económica de la sociedad mercantil, bajo el principio democrático en la toma de sus decisiones y el control de sus gestores, para la producción de bienes o servicios en el mercado³⁰.

Tipo objetivo: Acción: perjuicio o lesión del patrimonio dinámico de la sociedad mercantil³¹, que impide la obtención de un lícito beneficio económico mercantil.

Tipo subjetivo: Dolo: especial referencia a la quiebra de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores sociales y a su estatus legal mercantil con el objetivo de causar un perjuicio a la sociedad en beneficio propio o ajeno.

Ninguna de estas características se ven colmadas con el proyectado delito patrimonial de administración desleal de patrimonios ajenos, en los que no cabe, por ejemplo, predicar la función económico social de las sociedades mercantiles en nuestro sistema capitalista como entes jurídicos productores de bienes o servicios en el mercado, con el fin de la obtención de un lícito lucro económico pero también con repercusión en la creación de los presupuestos necesarios para la satisfacción de otros fines económicos nada desdeñables en nuestra actual situación de crisis económica, como es la creación o permanencia del empleo, evitando su destrucción.

Eso sí, siempre y cuando defendamos, como lo estamos haciendo, que todo ello habrá de comprenderse en el marco de una economía productiva y no meramente

podría quedar éste como tipo agravado del genérico de administración desleal, en atención a la importancia de las sociedades en el tráfico económico. Podrían coexistir perfectamente un tipo genérico de infidelidad con otro agravado para el ámbito societario (ambos, con menos pena que la apropiación indebida), al estilo de lo que pretendió en su día el Proyecto Alternativo Alemán de 1962, en el que cohabitaban un tipo genérico de Untreue —§ 263 AE—, con el tipo societario agravado de Mißbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse —§ 183 AE—. Las referencias a estos tipos del Proyecto alemán es procedente, por cuanto los tipos de abuso de poderes y de deslealtad que el Anteproyecto propone incorporar a nuestro Código Penal siguen el modelo del vigente Código penal alemán».

³⁰ No se olvide que el art. 297 CP da un concepto auténtico de sociedad haciendo referencia a su participación de modo permanente en el mercado, lo que ha permitido excluir de personas jurídicas que no cumplen este requisito, como el de una Fundación porque su actividad no se proyectó de modo permanente en el mercado, según STS, Sala 2.ª, 1879/2001, de 18 de febrero (SORIANO). Véase p. 705 del libro de referencia.

³¹ En cuanto al concepto de patrimonio dinámico de la sociedad mercantil, sobre la administración desleal, frente al patrimonio estático, más propio de la apropiación indebida, seguimos la tesis de PREGO expresada en la conferencia de 2009, ya citada, si bien añadimos que ese concepto vinculado a la obtención de un lícito beneficio económico mercantil no puede desligarse de su finalidad de producción de bienes o servicios en el mercado dentro de una economía capitalista productiva y no especulativa. Este último aspecto es esencial para destacar su incidencia en el paro.

especulativa, a la que tan desgraciadamente tiende el sistema económico y financiero con una deriva suicida.

Finalmente, como recuerda FOFANI³², en la Unión Europea, donde nos encontramos, lejos de desaparecer estos delitos, se tiende a su consolidación y simplificación pero nunca a su derogación. Así, este autor, nos indica:

«En lo que atañe específicamente a la normativa de los delitos societarios, la propuesta de los Eurodelitos es la de una fuerte reducción y racionalización de la intervención penal, que hoy en día se representa en muchos ordenamientos nacionales confusa, pletórica e ineficaz. Las directrices básicas de la intervención penal en materia societaria se han sintetizado en torno a tres bienes jurídicos: la veracidad e integridad de la información societaria de contenido económico, la protección del patrimonio social frente a los abusos de los administradores y la salvaguardia de la integridad del capital social. Sobre esta base el proyecto, en un esfuerzo de síntesis que supone la búsqueda de un "mínimo común denominador" entre los diferentes ordenamientos nacionales europeos, propone tres tipos penales: la administración desleal (art. 45), la lesión del capital social (art. 46) y la falsa información societaria (art. 47)».

A ellos no estaría de más recordar que, como tenemos nosotros en la legislación vigente, la negación de los derechos de los socios (art. 293 CP), la imposición de acuerdos abusivos por las mayorías (art. 291 CP), la imposición de acuerdos lesivos por mayorías ficticias (art. 292 CP) o la obstrucción de la actuación inspectora (art. 294 CP), también son tipos penales que deberían incorporarse a los Eurodelitos, atendidas las razones ya expuestas en relación con el delito societario de administración desleal del art. 295 CP.

IV. APÉNDICE: SELECCIÓN JURISPRUDENCIAL SISTEMÁTICA

- a) Naturaleza: SSTS, Sala 2.ª, 655/2010, de 13 de julio (BERDUGO) y 1046/2010, de 29 de noviembre (SÁNCHEZ MELGAR).
- b) Bien jurídico protegido: SSTS, Sala 2.ª, 769/2006, de 7 de junio (RAMOS), 655/2010, 707/2012, de 20 de septiembre (BERDUGO).
- c) Sujeto activo: Administrador de hecho: STS, Sala 2.ª, 59/2007, de 25 de enero (MTEZ. ARRIETA). Extraneus: STS, Sala 2.ª, 350/2011, de 2 de febrero (RAMOS). Concepto de sociedad vinculada al sujeto activo en función a su funcionamiento permanente en el mercado: STS, Sala 2.ª, 1879/2001, de 18 de febrero (SORIANO).
- d) Sujeto pasivo: STS, Sala 2.ª, 655/2010.

³² FOFANNI, L., Escándalos económicos y reformas penales: prevención y represión de las infracciones societarias en la era de la globalización, Revista Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 1, 2013, pp. 189-2003.

- e) Conducta típica: Perjuicio: SSTS, Sala 2.^a, 796/2006 de 14 de julio (RAMOS); 841/2006 (SÁNCHEZ MELGAR); 655/2010 y 1046/2010, de 29 de noviembre (SÁNCHEZ MELGAR) indiferencia del valor económico superior o inferior a 400 €.
- f) Modalidad de disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad: SSTS, Sala 2.^a, 565/2007, de 21 de junio (COLMENERO).
- g) Modalidad contracción de obligaciones a cargo de la sociedad: STS, Sala 2.^a, 603/2009, de 19 de mayo (COLMENERO).
- h) Tipo subjetivo: STS, Sala 2.^a, 1046/2010.
- i) Supuestos concursales con el delito de apropiación indebida: Teoría del concurso de normas: SSTS, Sala 2.^a, 224/1998, de 26 de febrero (JIMÉNEZ VILLAREJO-caso Argentia Trust); 867/2002, de 29 de julio (MARTÍN PALLÍN-caso Banesto) y 707/2012.

Quiebra matizada de la línea mayoritaria, SSTS, Sala 2.^a, 915/2005, de 11 de julio; 565/2007, de 21 de junio; 603/2009, de 19 de mayo (todas de COLMENERO) y 294/2013, de 4 de abril (MARCHENA).

* * * * *

Pruebas de ADN en el proceso penal: crónica de una muerte anunciada gracias a la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS que desconoce lo que es el ADN no codificante¹

~Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago~

Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

I.

En el caso concreto enjuiciado, de la STS (Sala 2.^a, de lo Penal) 777/2013 de 7 Oct., los hechos relatan la agresión sexual con acceso carnal y bucal y la tentativa de asesinato que sufrió la víctima, destacándose, a efectos de este comentario, lo siguiente: La víctima le dio un cigarro al acusado antes de entrar éste sin su consentimiento en el domicilio de aquella, donde la agredió brutalmente e intentó asesinar y «Al salir del edificio Mohamed F. se deshizo de su camiseta que estaba ensangrentada arrojándola en un contenedor cercano, que posteriormente fue hallada por la Policía Judicial en la inspección ocular.

En la sábana recogida por la Policía Judicial en el lugar de los hechos y en la camiseta hallada en el contenedor próximo que fue arrojada por Mohamed F., había manchas de sangre y otros restos orgánicos con su perfil genético de ADN, así como perfil genético de su persona en calidad de contribuyente con el perfil genético de C. M. en la mezcla de perfiles genéticos encontrados dos en la misma sábana por el Servicio de Criminalística de la Guardia Civil».

La doctrina del TS sobre esta materia, tras realizar un documentado *excursus* sobre las pruebas de ADN, se plantea por primera vez con carácter de *obiter dicta* la diferenciación entre el análisis de un cotejo de uno contra uno y la conservación de datos en la Base de Datos ADN a efectos de ser utilizados en la investigación penal, preguntándose si para ello se requiere autorización judicial. Nos centraremos en esta cuestión, que es la que será objeto de comentario.

«SEXTO: Han quedado ya sentadas las bases para la *desestimación del motivo*. Pero se hace necesaria una recopilación, no solo conclusiva, sino también complementadora:

a) La recogida de muestras por parte de la policía con el fin de un examen biológico cuando se hace sin necesidad de intervención corporal no afecta por sí a derecho fundamental alguno, lo que hace que no sea imprescindible la autorización judicial. Constituye temática diferente las consecuencias que para garantizar la autenticidad de la prueba y la eventual incidencia en el derecho a un proceso con todas las garantías puedan arrastrar cuestiones como la ruptura de la cadena de custodia.

¹ Publicado en Diario La Ley nº 8284, de 2-4-2014.

b) (...)

c) En un tercer escalón que ha de ser tratado con mayor rigor se sitúa lo que es la comparación de ese ADN meramente identificador no con una muestra obtenida de unos hechos respecto de los que el afectado aparece como sospechoso por existir determinados indicios frente a él, sino de forma indiscriminada (inclusión en la base de datos). En ese caso queda comprometido lo que en la jurisprudencia constitucional ha llegado a adquirir el rango de derecho fundamental autónomo: la autodeterminación informativa.

En este nivel al ser mayor la incidencia en derechos fundamentales los condicionantes han de incrementarse. Habrá que optar por una interpretación más restrictiva y estar a lo dispuesto en la legislación de 2007 y a las pautas fijadas por la jurisprudencia internacional. No sobra evocar de nuevo la STEDH (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (Caso *S. y Marper contra Reino Unido*). Su lectura arroja enseñanzas sobre la necesidad de esas cautelas y el no desdeñable potencial unitario sobre la intimidad de esas técnicas (...) Como se puede observar hay un cambio cualitativo entre lo que es la obtención del perfil genético para compararlo en una investigación concreta con el atribuible al autor desconocido (uno contra otro), y lo que es la conservación del mismo introduciéndolo en la base de datos.

La sentencia del TEDH que acaba de ser analizada es buen exponente del cúmulo de cuestiones concernidas que se entremezclan en esta materia y que es preciso deslindar. Como lo es también en fechas más recientes el pronunciamiento que el TS de los EE.UU. ha dictado en materia de bases de datos de ADN: sentencia de 3 de junio de 2013 (caso *Maryland v. Alonzo King*). Lo apretado de la votación que respaldó el acuerdo mayoritario (5-4 a favor de la constitucionalidad, y emisión de un voto particular) evidencia que la decisión jurídica más adecuada sobre esta nueva constelación de problemas suele ir acompañada de controversia y exige matices y diferenciaciones que nuestra vigente legislación no ofrece con claridad.

Sirvan estos referentes para justificar que diferenciar entre el análisis para un cotejo de uno contra uno y lo que es la conservación de los datos obtenidos tiene una base sólida

(...).»

II.

La sentencia indicada, al margen de otras cuestiones, si hemos entendido bien, se plantea con carácter de *obiter dicta*, ya que no era el *thema decidendi*, si la inclusión en la Base de Datos ADN de un perfil genético obtenido de unas muestras biológicas del sospechoso que fueron abandonadas, una vez realizado el cotejo uno contra uno, requiere o no autorización judicial, ya que esa inclusión supone un cotejo indiscriminado con todos los perfiles inscritos, lo que podría afectar al derecho a la intimidad del investigado, en su vertiente de autodeterminación informativa (*habeas data*).

En primer lugar, con todos los respetos, tenemos que expresar nuestra discrepancia en la forma y en el fondo con que la Sala 2.^a del TS viene abordando la compleja materia de las pruebas de ADN y su uso en el proceso penal, ya que desconoce lo que es el ADN no codificante y que sólo éste se inscribe en la Base de datos española.

En nuestra condición de vocal coordinador del grupo jurídico bioético de la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN desde su constitución en 2009 hasta el

2012, nos enfrentamos al estudio de la normativa aplicable (básicamente, arts. 18 CE y 326 y 363 LECrim. y LO 10/2007), llegando a conclusiones que parcialmente quedaron expuestas en nuestros trabajos: «ADN y menores (Problemática de la toma de muestras a menores)»², y «ADN y derechos fundamentales (Breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN —frotis bucal— a detenidos e imputados) »³, publicado en el, a los que nos remitimos para no cansar la atención del lector. También nos hemos pronunciado mediante comentarios de jurisprudencia⁴.

Pues bien, en cuanto a la forma, es censurable que la Sala 2.^a TS esté abusando, como lo está haciendo, de los *obiter dicta*, que no son jurisprudencia (cfr SSTs, Sala 2.^a, de 2 de febrero de 2003 y de 17 de enero de 2006), para expresar los criterios particulares de los ponentes sobre cuestiones que no afectan a la esencia del recurso, no son *thema decidendi*, y que confunden a la comunidad científica, de forma que reiterados estos se pretenden vestir con el carácter de jurisprudencia, a la que anudan los efectos de ésta, desde un planteamiento que, con todos los respetos, puede llegar a ser fraudulento, ya que como expresa el dicho popular «una mentira por muchas veces que se repita no es verdad», así, unos *obiter dicta* por mucho que se repitan no son jurisprudencia.

Esto es lo que ha ocurrido sobre la pretendida «jurisprudencia» sobre la necesidad de la asistencia letrada al detenido para la prestación del consentimiento en la toma de muestra biológica de saliva del frotis bucal con objeto de determinar su perfil genético, a la que me refería en mi estudio «ADN y derechos fundamentales», ya citado, y sobre la que desde la STS, Sala 2.^a, 685/2010, de 7 de julio (MARCHENA) viene periódicamente pronunciándose la Sala invocando como jurisprudencia lo que solo han sido reiteraciones de *obiter dicta*. Adviértase que incluso la STS, Sala 2.^a, 709/2013, de 10 de octubre (BERDUGO), si bien reitera esos *obiter dicta*, ya introduce literalmente en calidad de opinión doctrinal en su FJ 2.º las objeciones que hacíamos en nuestro estudio y, a pesar de la inexistencia de esta asistencia letrada, desestima el recurso ofreciendo una inteligente solución ante el atolladero en que se ha metido la propia Sala 2.^a ella sola con esta forma de proceder.

² En La Ley Penal n.º 54, noviembre 2008.

³ En Diario La Ley, n.º 7774, de 12-1-2012.

⁴ En los publicados en el Diario LA LEY, n.º 7779 de 19-1-2012 (Prueba de ADN) y n.º 7912 de 26-11-2012 (Toma de muestras de ADN y cadena de custodia).

Obsérvese que todavía no hemos encontrado ninguna sentencia que sienta como jurisprudencia la nulidad de una prueba de ADN cuya muestra biológica haya sido obtenida al detenido con su consentimiento sin asistencia letrada, determinándose en consecuencia la absolución de un asesino, violador o terrorista. Es más, la reciente Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 noviembre 2013 (DOUE, núm. 294/1 de 6 de noviembre de 2011) sobre la asistencia letrada en el proceso penal, véase art. 3.3 c), no da la razón a la tesis defendida en esos *obiter dicta* al remitirse a la previsión normativa nacional, no a la previsión de unos *obiter dicta* ni siquiera a la jurisprudencial, ni tampoco el prelegislador en el único proyecto de ley de reforma de la LECrim. que hemos conocido aprobado por un Consejo de Ministros, el de fecha 22 de julio de 2011 (art. 265), ya que lo demás no pasan de ser meros borradores de textos ante-pre-legislativos, llamados Código Procesal Penal.

En cuanto al fondo de la cuestión que aborda la sentencia comentada, sin duda, con muy buenas intenciones por parte del ponente, para esclarecer un régimen jurídico que califica de confuso, tampoco compartimos sus conclusiones, que se mueven igualmente en el terreno de los meros *obiter dicta*. Es cierto que sería necesaria una reforma legislativa para sistematizar el régimen jurídico de la prueba, hoy disperso básicamente entre la LECrim. y la LO 10/2007, además de otras normas concordantes (v.gr. LOPDP) pero no creemos que este régimen alcance más confusión que la que se plantean los que predicán ésta. Nos explicamos.

El rango normativo de Ley Orgánica tanto de la reforma de la LECrim. en el año 2003 (LO 15/2003) como de la propia Ley de Bases de Datos ADN 10/2007 ex art. 81.1 CE, debería haber despejado ya las dudas de la constitucionalidad del actual régimen jurídico y las continuas objeciones que se expresan frente a esta última norma que, guste o no, optó por un sistema policial de obtención de las muestras y conservación de las mismas a través de la Base de Datos ADN frente al sistema judicial. Tan legítimo es uno como otro, pero el legal hoy día en España es el sistema policial. Si no gusta que se cambie la ley por el legislador pero no por los jueces partidarios del sistema judicial, para lo que no tienen competencia. ¿Por qué no plantean estos jueces cuestión de inconstitucionalidad contra la LO 10/2007?

Atendiendo a ello, la LO 10/2007 indica de forma meridianamente clara que la inclusión de los perfiles genéticos de ADN no codificante en la Base de Datos ADN no precisa consentimiento del investigado, que solo será informado (art. 3.1 *in fine*). Es

decir, se produce *ope legis*. ¿Por qué plantearse si precisa autorización judicial? ¿No hay mayor garantía que una Ley Orgánica regule la posible afectación de un derecho fundamental como puede ser el de la autodeterminación informativa, componente del derecho a la intimidad? Da igual si el cotejo es uno contra uno o uno contra todos los perfiles inscritos en la base de datos. Lo determinante es si estamos ante una investigación criminal en los términos fijados en la ley [art. 3.1 a)] y no se olvide que puede haber delitos que vinculen al investigado por conexidad subjetiva (art. 17.5 LECrim.) en cuya investigación hayan podido (pasado) o puedan ser inscritos (futuro) perfiles genéticos dubitados, los cuales tienen la posibilidad de ser esclarecidos precisamente gracias al cotejo en la Base de Datos ADN con el perfil indubitado del sospechoso de una investigación concreta, aunque en ésta no haya dado resultado positivo. Si no, ¿para qué tenemos la Base de Datos ADN? En el Derecho comparado no se plantean estas cuestiones, lo tienen claro. E incluso la jurisprudencia del TEDH va en la misma línea, no siendo admisible su lectura parcial o descontextualizada, como habitualmente observamos se hace. La STEDH de 4 de diciembre de 2006, caso *S y Marper contra Reino Unido* censura la conservación indefinida de los perfiles genéticos en la base de datos y no otra cosa. En España, conforme al art. 9 LO 10/2007, esto no es posible. Es más, esta sentencia del TEDH da la razón a nuestro planteamiento: son legítimos los análisis de ADN cuando están destinados «a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido» (parágrafo 100). Por no citar la sentencia del Tribunal Supremo de USA en el caso *Maryland v King* de 26 de febrero de 2013, que otorga plenas facultades a la policía en la obtención de estas muestras biológicas para la determinación de los perfiles genéticos de ADN.

Estoy trabajando en un estudio que no me gustaría publicar porque su título, parafraseando una famosa novela de García Márquez, es el siguiente: «Prueba de ADN en el proceso penal español: crónica de una muerte anunciada». Desde el *obiter dicta* de la STS, Sala 2.ª, 685/2010, de 7 de julio (MARCHENA), sobre la asistencia letrada, las inscripciones en la Base de Datos ADN, que sirvió para esclarece al poco tiempo de su implantación más de 7.000 crímenes como asesinatos, violaciones, terrorismo, etcétera, han bajado en casi un 80 %. Mientras los países de nuestro entorno los perfiles inscritos se cuentan por millones, lo que representa que la Base de Datos ADN es un poderoso instrumento en la lucha contra la criminalidad más grave, nosotros apenas llegamos a los 200.000, encontrándonos en «caída libre». Ojalá cambie el tratamiento

pretendidamente «jurisprudencial» de esta prueba y no tenga que publicarlo. En el buen camino, véase la sentencia del Pleno del TC de 5 de diciembre de 2013 (ponente PÉREZ DE LOS COBOS), con independencia del respeto que siempre merecen los votos particulares discrepantes al fallo firmados por tres magistrados.

* * * * *

Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos¹

~Prof. Dra. M^a Dolores Machado Ruiz~

Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad de Almería (España). Patrona de la FICP.

Sumario. I. Introducción. II. Las iniciativas contra la trata en España. 1. Los fines de explotación de la trata. a) *Los efectos de la prevalencia de la explotación sexual en la lucha contra la trata.* 2. La vulnerabilidad de la mujer migrante, víctima o no de trata. a) *Las consecuencias de la incorporación de la vulnerabilidad al discurso jurídico.* 3. La criminalización como respuesta oficial contra la trata. a) *Los efectos negativos que comporta esta política represiva y de control.* III. Conclusión. IV. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década han proliferado numerosas iniciativas contra lo que hoy se considera la nueva “esclavitud” del siglo XXI: *la trata de seres humanos*. Lo paradójico de este significativo avance contra ese flagrante atentado a los derechos humanos es que, en lugar de mejorar su protección, ha afectado de forma significativamente negativa a los derechos de una diversidad de personas, víctimas o no de trata. Un efecto adverso que nos obliga a someter a una seria reflexión y crítica las políticas de los gobiernos para combatir la trata en orden a detectar cuáles son los motivos de esos efectos secundarios, carencias y contradicciones que se observan en su puesta en práctica. Parece conveniente, pues, empezar con una breve referencia a los últimos instrumentos internacionales e europeos que abordan este fenómeno desde una “perspectiva de derechos humanos”, dada su innegable influencia en las normativas nacionales desarrolladas contra la trata como el caso de España².

A nivel internacional, el primer exponente de este nuevo abordaje sobre la trata es el Protocolo de Palermo de 2000. Con él se pretende abarcar, no solo su criminalización -como sus antecesoras del siglo pasado-, sino también la necesidad de adoptar medidas de prevención de este fenómeno y de protección de sus víctimas. A este enfoque de respeto de los derechos humanos de las personas tratadas que impone a los estados la

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación *Multiculturalidad, Género y Derecho* (DER 2009-08297) de la Universidad de Málaga, dirigido por la Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Asimismo, ha sido publicado recientemente en el libro colectivo LAURENZO COPELLO/DURÁN MUÑOZ (coords.), *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

² Sobre los presupuestos ideológicos que han marcado la evolución de estas normativas a nivel internacional y europeo, así como su repercusión en las políticas nacionales antitrata, véase MAQUEDA, *Prostitución*, 2009, 9-40.

obligación de implementar medidas para garantizarlos, responde claramente el Convenio de Varsovia de 2005³.

En esa misma línea afirman orientarse las últimas normativas sobre trata de la Unión Europea, que, sin abandonar su objetivo principal de perseguir y procesar a los tratantes, atienden también a fines preventivos y asistenciales. Así se refleja en la Propuesta de Decisión Marco del Consejo de 2009 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Una finalidad que se hace más evidente, una vez en vigor el Tratado de Lisboa, en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 2010 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y, finalmente, en la aprobación de la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, de carácter marcadamente incriminatorio y sancionador.

Sin embargo, no parece que ese declarado interés por garantizar la asistencia a las víctimas de trata sea el objetivo prioritario de las agendas políticas. En efecto, la mayor preocupación de los gobiernos se centra hoy en: frenar la incesante oleada de inmigrantes irregulares que han motivado los graves desequilibrios generados por el neoliberalismo económico imperante y las restricciones impuestas por el reforzamiento de las fronteras de los países de destino; luchar contra la criminalidad organizada asociada a ella, que actúa a escala mundial y que supone una grave amenaza para su estabilidad y seguridad externa e interna, y erradicar la prostitución, a la que se considera el principal mal causante de la trata, según el abolicionismo contemporáneo vigente.

Tras esta descripción de los contrapuestos intereses que, junto a esas necesidades de protección, confluyen en el presente marco normativo internacional y europeo sobre la materia, se hace posible abordar nuestra política sobre trata. Su análisis pretende mostrar no sólo las mismas deficiencias ya apuntadas, sino también el impacto negativo que su puesta en práctica ha tenido para quienes son sus destinatarios/as o, sin serlo, padecen sus consecuencias -en particular-, las mujeres migrantes trabajadoras sexuales.

³ Probablemente esa imposición a los estados de establecer medidas para el reconocimiento y efectiva aplicación de los derechos de las víctimas de trata sea la causa de la reticencia de algunos países a su firma y ratificación, que ha motivado el retraso en su entrada en vigor hasta febrero de 2008. VILLACAMPA, en: la misma (coord.), Prostitución, 2012, 241.

II. LAS INICIATIVAS CONTRA LA TRATA EN ESPAÑA

El estudio de nuestra normativa antitrata se va a centrar en tres aspectos que marcan la evolución que ha experimentado la política del gobierno en su lucha contra este fenómeno: *fines de explotación, vulnerabilidad y criminalización*. Se trata de mostrar cómo han influido esas premisas en el desarrollo de nuestra regulación y qué consecuencias han determinado cada una de ellas para las personas implicadas.

1. Los fines de explotación de la trata

En una primera aproximación a las estrategias que España ha desarrollado para combatir la trata, lo primero que llama la atención es la *omnipresencia de la explotación sexual*, frente a otros fines de explotación de la trata como el trabajo forzado (empleo doméstico, talleres, hostelería, agricultura,...), la mendicidad o la extracción de órganos.

Esa insistencia de algunos gobiernos, como el español, por focalizar la lucha contra la trata en una forma de explotación concreta (la explotación sexual), se había puesto ya de manifiesto en el resumen ejecutivo del *Informe Mundial sobre la Trata de Personas de la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito* de 2009 (UNODC). En la información que aporta sobre las medidas antitrata adoptadas en 155 países y territorios, señalaba que en noviembre de 2008 el 63% de esos países habían aprobado medidas contra la trata en general, mientras que el 16% habían optado por aprobar medidas para combatir únicamente determinados elementos de la definición contenida en el Protocolo.

En nuestro caso, se hace expresiva en el propio enunciado del documento con el que España dice sumarse al enfoque de derechos humanos de las últimas directrices internacionales y europeas sobre trata. Nos referimos al Plan Integral contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual (2009-2011), aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008⁴.

En este documento se vislumbra claramente cuáles van a ser las líneas rectoras de nuestro gobierno en el tratamiento de este fenómeno. Destaca en primer lugar la adopción de una perspectiva de género. Un acierto, sin duda, si se atiende al imparable

⁴ A esa limitada visión del problema se refiere ya el Informe de Amnistía Internacional “España una vida sin violencia para mujeres y niñas, las otras víctimas de violencia de género: Violencia sexual y trata de personas” de 2009, cuando advierte que el Plan no contempla medidas contra la trata hacia otros fines que no sean la explotación sexual.

aumento de la migración femenina⁵ y al elevado porcentaje de mujeres víctimas de este atentado⁶, pero que pronto se ve desvirtuado por los argumentos que emplea para su justificación. Se alega que las mujeres “presentan mayor tendencia a convertirse en víctimas debido a la falta de educación y oportunidades” o que “en las últimas décadas, hemos visto surgir un negocio sexual basado en el cuerpo de las mujeres como objeto de consumo”. Es aquí cuando el género deja de servir como variable para comprender y articular medidas adecuadas para esas mujeres tratadas, para convertirse en un determinado modelo de género, que propicia la desviación de la trata hacia la prostitución: “No se puede desvincular el fenómeno de la trata del de la prostitución”.

De ahí que el documento señale a la prostitución como único origen de la existencia de la trata y califique a ambas como una violación de los derechos de las mujeres. También alerta sobre la importancia de distinguir trata y tráfico, pero seguidamente termina dándole un tratamiento unitario, pues afirma que “tanto el tráfico ilegal como la trata de seres humanos se producen a través de los cauces establecidos por las redes de inmigración irregular”. Incluso vuelve a insistir en ello, pese a constatar la falta de datos fiables, cuando señala que “un porcentaje muy significativo de estas mujeres (las inmigrantes) estarían en manos de redes de trata de seres humanos”. Finalmente, es expresiva su opción por la vía penal como principal respuesta ante este fenómeno⁷.

⁵ Según datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en los últimos diez años se ha producido un espectacular aumento de la mano de obra femenina: más de 200 millones de mujeres se han incorporado a la economía visible. La dimensión económica de esas migraciones femeninas trasciende con creces el ámbito familiar y comunitario, hasta el punto de que las remesas económicas de las mujeres migrantes constituyen uno de los principales incentivos económicos en grandes áreas del mundo, como, por ejemplo, en América Latina. Así se constató en las *Conclusiones del Forum de Migraciones Internacionales en las Américas*, organizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe: “las remesas de los emigrantes han contribuido a mejorar la balanza de pagos y constituyen, en algunos casos, una fracción significativa del PIB de los países de origen” (septiembre de 2000).

⁶ En nuestro país, según los informes elaborados por la guardia civil desde 2000 al 2005 sobre la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, alcanza el 90%, su mayoría extranjeras en situación irregular. También, el Informe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) de 2010 señala que dos tercios de las víctimas de trata en todo el mundo son mujeres y el 79% con fines de explotación sexual. Más recientemente, la Memoria de la Fiscalía de Extranjería de 2012, sobre el año 2011 indica que, salvo dos hombres, todas las víctimas de explotación sexual en España son mujeres (Memoria, 2012: 839).

⁷ ACIÉN/CHECA, *Gazeta de Antropología*, 27/1, 2011, 6-7. Es cierto que contempla otro tipo de medidas, distintas a las puramente criminalizadoras. En ese sentido, hace mención a la necesidad de adoptar medidas para la sensibilización de la sociedad contra los actos delictivos relacionados con la trata, combatir sus causas a través de políticas activas de cooperación con los países de origen, tránsito y destino, asegurar la atención y protección a las víctimas, y contar con la participación de las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la materia. Pero resultaba obvio, como destacó la Red Española contra la Trata en sus aportaciones previas al Plan definitivo, que “el propio borrador refleja compromisos mucho más débiles en materia de protección, asistencia, retorno o integración de las

Esta limitada percepción del problema tiene mucho que ver con la postura abolicionista adoptada por nuestro gobierno como estrategia de lucha contra la trata. Un posicionamiento ideológico que ya se postulaba en los antecedentes más inmediatos al Plan, como el Informe de la Ponencia para el estudio de la situación de la prostitución en nuestro país, elaborado por la Comisión Mixta (Senado-Congreso) de los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Oportunidades de 2007⁸, al que hace mención expresa.

Veamos las consecuencias que comporta esta visión sesgada de un fenómeno tan complejo como la trata, que excluye otros sectores afectados por esta práctica.

a) *Los efectos de la prevalencia de la explotación sexual en la lucha contra la trata*

La consecuencia inmediata de la centralización del problema en la prostitución migrante son el olvido y exclusión del marco de protección de personas (hombres y mujeres) captadas para otras formas de explotación. Nos referimos a casos como la mendicidad de mujeres, niños y ancianos de origen mayoritariamente rumano; el trabajo forzado en talleres textiles clandestinos de nacionales chinos; la venta ambulante; el empleo doméstico en régimen de semiesclavitud; las agencias fraudulentas de novias o de matrimonios concertados, o la extracción de órganos⁹.

Así queda reflejado en el *Estudio sobre las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual en Andalucía* de 2011, cuando tras declarar la prostitución como objetivo principal de la trata de mujeres, menciona varios informes sobre trata que aluden a esas otras formas de explotación en nuestro país. Concretamente, *el Informe sobre el Estado de la Población Mundial 2006. Hacia la Esperanza: las Mujeres y la Migración Internacional*, señala que cientos de miles de mujeres migrantes son trabajadoras domésticas en España en “régimen de semiesclavitud. Los patrones - continúa- abusan sexualmente de ellas, les pagan bajos salarios, trabajan sin servicios

víctimas que en materia de investigación policial contra las redes” (*Valoración del borrador de las medidas propuestas en el plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*. Disponible en <http://www.redcontralatrata.org>).

⁸ BOCG de 13 de abril de 2007. Un análisis riguroso y crítico de este Informe lo podemos encontrar en un trabajo de Solana en que apunta que la Comisión asumió el ideario abolicionista en sus argumentos y conclusiones (SOLANA, Los retos de la prostitución, 2008, 77-117), como reflejan manifestaciones como: “El fenómeno de la prostitución y el tráfico y la trata de mujeres están absolutamente relacionados. La mayoría de mujeres en situación de prostitución son o han sido víctimas de la *trata de personas*”.

⁹ En la Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación, publicada por la Red Española contra la Trata en julio de 2008, se señala a la explotación sexual como la principal forma de trata en España, aunque también hace referencia a otros casos de trata, como el servicio doméstico, la agricultura, los talleres de confección, la venta ambulante y la mendicidad.

médicos y son discriminadas”. O el *Informe de Estados Unidos sobre trata de Seres Humanos*, de 2010, que declara que “los hombres rumanos, mujeres y niños son traficados a España, Italia, Grecia, la República Checa y Alemania (para) la mendicidad forzada y el trabajo forzoso en la agricultura, la construcción y los sectores de servicios”; o de niñas nigerianas traficadas “para realizar trabajos domésticos, venta ambulante...” y procedentes del Congo para “el trabajo doméstico y el trabajo en la agricultura comercial en las plantaciones”¹⁰.

El olvido de esas otras víctimas de trata se hace patente en la escasa incidencia que estas conductas tienen en los medios de comunicación¹¹, frente al bombardeo casi diario de noticias sobre prostitución callejera controlada por mafias, redadas en clubes de alterne y desarticulación de presuntas redes de prostitución de mujeres. Este desigual tratamiento indica, no sólo que los *mass media* simplifican la compleja realidad de la prostitución a su vertiente más sensacionalista, sino que además ignoran o incluso tienden a silenciar otros ámbitos, como el trabajo en el servicio doméstico, que es uno de los principales ámbitos de ocupación de las mujeres inmigrantes, donde sufren importantes discriminaciones¹². Así lo constata el referido Informe de Estados Unidos de 2010 cuando alude a que, aunque “los medios de comunicación locales apuntan que el 80 por ciento de las mujeres tratadas cada año (55 mil) ejerce la prostitución (...). También hay casos alarmantes de explotación en el servicio doméstico que prestan mujeres y niñas, o de trabajo forzado de hombres y adolescentes”¹³.

Esta casi invisibilidad en la vida pública ha propiciado una menor conciencia social sobre la necesidad de dotar a esas personas de una asistencia similar a la establecida para las víctimas de explotación sexual; “dado que la alarma social no se ha creado todavía respecto este delito, las ONG o instancias privadas no atienden todavía a

¹⁰ Estudio sobre las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual en Andalucía de 2011, pp. 17-18 y 83-88. También en su Informe de 2012 sigue insistiendo en esas formas de explotación de la trata en España (139 ss.). En igual sentido, el Informe sobre La Trata con Fines de Explotación Sexual, elaborado por la Asociación para la Prevención y Reinserción de la Mujer Prostituida (APRAMP) en 2011, estima que “el total estimado de personas sometidas a trabajos forzados como consecuencia de la trata (calculado en 2.450.000) alrededor del 56% de las víctimas de trata con fines de explotación económica o laboral son mujeres y niñas y el 44% restante son hombres y niños” (p. 64).

¹¹ En la búsqueda de la cobertura mediática ofrecida durante este año a esas otras formas de trata, solo he encontrado una noticia en el diario *El País* sobre una banda que obliga a mendigar a discapacitados rumanos (23 de abril de 2012).

¹² SOLANA, Prostitución, 2003, 192.

¹³ Estudio, 2011, 86. En ese mismo año, un Informe de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) sobre la trata de seres humanos con fines de servidumbre doméstica, alerta acerca de la especial vulnerabilidad de las víctimas sometidas a esta forma de trata que, en muchas ocasiones, son menores de edad, especialmente niñas, sometidas a duras condiciones laborales y al maltrato e incluso al abuso sexual por parte de sus empleadores.

víctimas de este tipo y los sindicatos de trabajadores no consideran este problema como una prioridad, por lo que no están alertas sobre esta cuestión”, pero eso no quiere decir que no exista, sino que “las autoridades o instituciones todavía no detectan esta situación”¹⁴.

Se explica así que la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales sigan centrándose en la explotación sexual de mujeres migrantes, bien porque al ser la forma de trata más detectada (79% frente al 18% del trabajo forzado) conduce a que sea objeto de denuncias más frecuentes¹⁵, bien porque la falta de calificación de esas otras formas de explotación e identificación de sus víctimas como trata dificulta la persecución y condena por este delito¹⁶. Así lo destaca también el Informe de 2011 que el Departamento de Estado de Estados Unidos de América dedica a la trata de seres humanos en el mundo cuando, refiriéndose al trabajo forzado en España, afirma que el gobierno español aún no había establecido servicios especializados para la atención a las víctimas de trabajo forzoso, así como la necesidad de mejorar los procedimientos para la identificación de estas víctimas.

En ese mismo sentido, resulta muy esclarecedor el *Informe del Defensor del Pueblo sobre La Trata de seres humanos en España: víctimas invisibles* de 2012. Se incide una vez más en que los esfuerzos realizados por los distintos organismos nacionales con competencias en la materia se han centrado casi de manera exclusiva en la trata con fines de explotación sexual. Muestra de ello es que, tras analizar las últimas memorias de la Fiscalía General del Estado y los datos remitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, constatan la inexistencia de supuestos durante 2010 que pudieran encajar en la definición típica de trata laboral. En cambio sí dan cuenta de situaciones de abuso laboral tipificadas en el art. 312 del Código penal (en adelante, CP)

¹⁴ Informe elaborado por ACCEM sobre La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España de 2008, donde se afirma que, según un estudio realizado en 2005 sobre casos denunciados o conocidos, corresponde a la trata un 40% del total del trabajo forzado en el mundo: 40% a la trata con fines de explotación sexual, 20% a una categoría mixta y un 30% al resto de trata como explotación económica (p. 39). Más recientemente, en un Informe de la OIT, *Ilo Global Estimate of Forced Labour* (junio 2012), se estima que 20,9 millones de personas son víctimas del trabajo forzoso a nivel mundial, reflejando el ámbito completo de la trata de personas con fines de explotación laboral y sexual.

¹⁵ La explicación, según el Informe de UNODC de 2009, es que, al ser objeto de denuncias más frecuentes, la explotación sexual ha pasado a ser el tipo de trata más documentado en las estadísticas globales. En cambio, otras formas de explotación no son notificadas suficientemente: el trabajo forzado o en condiciones de servidumbre; la servidumbre doméstica y el matrimonio forzado; la extracción de órganos, y la explotación de niños en la mendicidad, la industria del sexo y la guerra.

¹⁶ En ese sentido, el Informe de OSCE de 2010 sobre trata con fines de servidumbre doméstica destaca que el bajo número de condenas por trata en estos supuestos se debe al escaso número de casos en los que la servidumbre doméstica es calificada por los tribunales como trata de seres humanos.

en actividades como construcción (20,93%), agricultura (13,95%), hostelería y alimentación (11,62%) y trabajo doméstico o de cuidado de ancianos (9,30%). Situación que se repite en las memorias correspondientes a los años 2008 y 2009 (pp. 55-56 y 61 del mencionado Informe)¹⁷.

Igual sucede con los proyectos puestos en marcha en la materia. Es el caso del proyecto “Mecanismos de comunicación e intervención en países de origen y España en materia de prostitución forzada y trata de personas”, de 2009, que reconoce que al menos un sector de esos migrantes viajan con la finalidad de trabajar en la industria del sexo cuando apunta a la necesidad de informar sobre las condiciones reales del ejercicio de la prostitución en España, “en lugar de infructíferas campañas de sensibilización para evitar la venida de mujeres, hombres y transexuales brasileñas que deciden migrar a nuestro país, *aunque sea sabiendo que vendrán a ejercer la prostitución*”¹⁸.

Con el fin de paliar este limitado marco de protección, la Defensora del Pueblo, Soledad BECERRIL, alude a la adopción de algunas medidas, como la Circular 5/2011, de 2 de noviembre de 2011 de Fiscalía, que, en su apartado II 4.1, analiza como finalidades del delito de trata la imposición de trabajo o servicios forzados, la servidumbre por deudas o la mendicidad¹⁹; o el “Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social”, aprobado por el Consejo de Ministros el 27

¹⁷ Igualmente, en las 10.000 inspecciones que se llevaron a cabo en el ámbito laboral en ese año, la Inspección resaltó que era muy poco frecuente detectar casos de trata con fines de explotación laboral y que, en los principales problemas detectados (impago de salarios o sueldos notablemente bajos, jornadas abusivas, ausencia de alta), los extranjeros no se consideran ni se declaran víctimas de trata. Una situación que también se desprende de la Memoria de Fiscalía de Extranjería de 2012: de las 64 Diligencias Previas incoadas por el delito de trata del art. 177 bis CP, el 92,18% lo han sido por explotación sexual y solo 5 de los procedimientos incoados son de explotación laboral, de los que solo uno corresponde al servicio doméstico en régimen de servidumbre, y el resto, al sector agrícola. En cuanto a las 287 Diligencias Previas por el delito de explotación laboral del art. 312.2 CP, ninguno comprende supuestos de trata con fines de explotación laboral (pp. 834 y 840).

¹⁸ Realizado por APRAMP-Madrid y CHAME (Salvador, Brasil), y financiado por la Agencia Española de Cooperación al desarrollo (AECID), (énfasis añadido). Igualmente, el Informe sobre el estado de situación del plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, editado en abril de 2010, menciona que el Ministerio de Trabajo e Inmigración ha priorizado los programas dirigidos a víctimas de trata con fines de explotación sexual a través de dos instrumentos de financiación y gestión: Fondo de Apoyo para la integración de inmigrantes y refuerzo educativo de los mismos en 2009, y la convocatoria de subvenciones en el área de integración de los inmigrantes, solicitantes de asilo y otras personas con protección internacional, de julio de 2009.

¹⁹ Esta Circular va dirigida a establecer una unidad de criterio en la interpretación y aplicación del delito de trata del art. 177 bis CP, así como de los delitos de explotación normalmente vinculados a ella (prostitución coactiva del art. 188 CP y contra los derechos de los trabajadores extranjeros del art. 312 CP), y la exégesis del art. 318 bis CP (Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2012: 832).

de abril de 2012, para perseguir los comportamientos que atentan contra los derechos de los trabajadores y afectan negativamente a la competitividad de las empresas²⁰.

Pero, sin duda, la más importante de las iniciativas aprobadas hasta el momento en orden a superar la desatención que padecen esas otras víctimas de trata es el *Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos*, de 28 de octubre de 2011. Este documento, además de incorporar la participación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra la trata para la explotación laboral, reconoce la necesidad de establecer unas pautas para una atención integral a las víctimas de trata en alguna de sus variantes: trabajos forzados, servidumbre, mendicidad, explotación sexual o extracción de órganos²¹. Se responde así a las demandas de las organizaciones no gubernamentales integradas en la Red Española contra la Trata de Personas y la Alianza Global contra la Trata de Mujeres (GAATW) de dotar de una eficaz detección y prevención de esas situaciones, lo que ha propiciado que esté en vías de preparación el Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos para su explotación laboral²².

Todos estos intentos por superar la empobrecida percepción existente sobre este fenómeno no han sido suficientes para evitar que la conexión trata/migración/prostitución quede instalada en nuestro país. Y, con ella, el inicio de un discurso trafiquista y victimario que reduce la trata al trabajo sexual y éste al abuso, engaño y explotación, excluyendo cualquier otra forma de auxiliar a sus víctimas sin victimizarlas²³. En definitiva, una lógica discursiva que termina asignando la condición de vulnerable a toda mujer que inicie un proyecto migratorio.

2. La vulnerabilidad de la mujer migrante, víctima o no de trata

En el lenguaje trafiquista que rodea la trata, donde esta realidad se plantea entre los malos -las redes criminales- y las buenas -las nuevas esclavas, las mujeres jóvenes

²⁰ Véase el citado Informe del Defensor del Pueblo de 2012, pp. 55-60. Este Informe aporta además once investigaciones que desde el mes de mayo de 2010 al mes de enero de 2012 se iniciaron de oficio para hacer un seguimiento de las operaciones policiales aparecidas en prensa sobre explotación laboral, que ayudan a comprender las dificultades existentes para la efectiva persecución de los autores del delito y la eficaz protección de las víctimas (pp. 65- 89).

²¹ Probablemente la razón sea la notable influencia en su elaboración de la Directiva 2011/36/UE, que en su considerando 3 apunta a la explotación laboral como el sector de la construcción, la agricultura o el servicio doméstico.

²² Así se recoge tanto en el Informe del Defensor del Pueblo de 2012 (p. 90) como en la solicitud de estas organizaciones de garantizar los recursos necesarios para la identificación, protección y asistencia de las víctimas de trata, publicada el 9 de enero de 2012. Disponible en <http://www.redcontralatrata.org>.

²³ LÓPEZ RIOPEDRE, *Gazeta de Antropología*, 27/2, 2011, 9.

víctimas de todo tipo de abusos y coacción-, no tiene cabida la autodeterminación de las mujeres migrantes, y menos aún si su opción es comerciar con su cuerpo²⁴.

Da igual, entonces, que exista voluntad; que este medio, como cualquier otro ligado a la economía sumergida, esté determinado por la necesidad económica y sea susceptible de abusos laborales; que sea más rentable que otros espacios laborales destinados a las mujeres migrantes (servicio doméstico o cuidados de ancianos o niños)²⁵, o incluso, como plantea JULIANO, que constituya una estrategia femenina para evitar delinquir²⁶. Tales argumentos ni convencen ni resultan válidos para esta lógica victimista-proteccionista que focaliza su atención en la prevención de la prostitución, a partir de una “infantilización” de las mujeres -en especial, migrantes trabajadoras del sexo- sobre las que se practica una especie de “mirada colonial” orientada a perpetuar una imagen inocente y desvalida por parte de sus congéneres occidentales, como denuncia DOEZEMA²⁷.

El motivo es que la prostitución, como bien destaca MAQUEDA, sigue considerándose una constante de la desviación femenina que tiende a ser explicada como resultado de patologías o situaciones económicas extremas. Incluso señala la obsesión, por parte de ciertos sectores del feminismo, por privarlas de autonomía y responsabilidad por el uso de sus cuerpos frente a la posibilidad de evaluarla como una forma de manejar los problemas y aún de solucionarlos²⁸.

Una lógica victimista que ya se reflejaba en el *Informe sobre prostitución en Andalucía del Instituto Andaluz de la Mujer* de 2005, pues, pese a reconocer que se estaría dando “una panorama irreal si creemos que todas las mujeres extranjeras que

²⁴ OSBORNE, en: la misma (ed.), *Trabajador@s*, 2004, 14-15; AZIZE, en: OSBORNE (ed.), *Trabajador@s*, 2004, 169; MAQUEDA, en: SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata*, 2007, 299.

²⁵ Así lo reconoce expresamente el *Informe del Instituto Andaluz de la Mujer sobre prostitución en la Comunidad Autónoma de Andalucía* de 2005 (publicado en 2006), cuando se refiere al empleo doméstico como una “no alternativa” para las inmigrantes, no solo por las experiencias negativas y explotación laboral que muchas han pasado, sino porque “comparativamente el dinero que reporta este nicho laboral es mucho menor que la prostitución” (p. 139).

²⁶ JULIANO, en: *La igualdad*, 2008, 126 ss.

²⁷ DOEZEMA, en: OSBORNE (ed.), *Trabajador@s*, 2004, 157-158.

²⁸ MAQUEDA, *Prostitución*, 2009, 26. Así lo reflejan declaraciones como la de nuestra exministra de Igualdad, Bibiana Aído, sobre las mafias que “aprovechan la vulnerabilidad de esas mujeres, la situación de pobreza en la que viven y con la esperanza de un mundo mejor, las convierten en esclavas sexuales”; o la presidenta de la Federación de Mujeres Progresista, Yolanda BESTEIRO, que rechaza legalizar la prostitución porque “se trata de una forma de violencia contra las mujeres, una práctica de explotación con una raíz profunda en la desigualdad de género”; o la diputada de la Asamblea de Madrid y exministra de Asuntos Sociales, Matilde Fernández, afirmando que en su vida ha conocido “una mujer que me haya dicho que es prostituta porque le gusta y que lo hace con plena libertad y voluntad y que es lo que quiere seguir haciendo”, contenidas en *Prostitución y nuevas formas de esclavitud. Temas para el Debate*. Nº 191. Octubre de 2010 (pp. 54-57).

ejercen la prostitución en Andalucía son captadas a nivel internacional”, afirmaba que la mayoría de esas mujeres extranjeras inmigrantes sin papeles e irregulares sobrevenidas “han acabado ejerciendo la prostitución una vez que otros proyectos sociolaborales han fracasado o ni siquiera han llegado a realizarse”, debido a una acumulación de factores de vulnerabilidad. Una vulnerabilidad que “no es algo que podamos asociar simplemente a la precariedad o a la irregularidad, sino que es algo central al género”, en cuanto que “el hecho de ser mujer (...) es un factor de vulnerabilidad para las mujeres que quieren emigrar”²⁹.

No se entiende entonces cómo diversos estudios demuestran que, a diferencia de los hombres, un gran número de mujeres desean quedarse en esos países de destino³⁰. Tal realidad debería demostrar que no toda migración es sinónimo de indefensión y engaño por parte de mafias que hay que perseguir y proteger de ellas aun a costa de la voluntad de las mujeres. Un claro ejemplo de ello, destaca AZIZE, es el caso de las latinoamericanas, entre las que ha aumentado la migración autónoma, que depende cada vez más de las redes familiares y del apoyo social que les brinda la comunidad migrante ya establecida³¹. Pero parecen dar lo mismo estas u otras situaciones cuando la presunción de involuntariedad en la práctica de la prostitución se resiste a someterse a prueba: nadie en su sano juicio optaría voluntariamente por el ejercicio de la prostitución³².

a) Las consecuencias de la incorporación de la vulnerabilidad al discurso jurídico

No cabe duda que el riesgo de esta línea discursiva se hace aún mayor cuando se traslada al mundo del Derecho. En ese sentido, resulta esclarecedora la Recomendación de 19/5/2000 del Consejo de Europa cuando incluye como víctimas de trata sexual a “*las que conocían las verdaderas intenciones de los organizadores/traficantes y aceptaron de antemano su explotación sexual por la situación vulnerable en la que se encontraban*”. El abuso de una *situación de vulnerabilidad* queda así expresamente

²⁹ Informe, 2005, 131 y 218.

³⁰ AZIZE, en: OSBORNE (ed.), Trabajador@s, 2004, 175). La autora muestra diversas investigaciones sobre migración mexicana a Estados Unidos (HONDAGNEU/SOTELO, 1994) o de dominicanas en Madrid y Nueva York (GALLARDO, 1996; GREGORIO, 1996 y MONREAL, 1996) que refuerzan la idea del sentido de autonomía y apoderamiento que testimonian mujeres migrantes.

³¹ AZIZE, en: OSBORNE (ed.), Trabajador@s, 2004, 172.

³² MAQUEDA, Prostitución, 2009, 27. Es lo que algunos autores han calificado como la teoría del “lavado de cerebro” (RUBIN, en: la misma/BUTLER, Marché, 2001, 125) o “la política del ahj” como expresión de asco (KULICK, en: OSBORNE (ed.), Trabajador@s, 2004, 233), o la “idea de salvación” como seres débiles carentes de capacidad de autogobierno (ARADAU, en: NICOLÁS/BODELÓN (comps.), Género y dominación, 2009, 238-239).

incluido como componente de la trata y se hace consistir en *cualquier tipo de vulnerabilidad*, ya sea *psicológica, afectiva, familiar, social o económica*³³.

De hecho, nuestra Jurisprudencia ha venido elaborando su discurso jurídico penal acerca de la trata a partir de esa idea de vulnerabilidad. Una vulnerabilidad que suele identificarse “con frecuencia en los coloquialmente llamados “inmigrantes sin papeles” (SSTS 29/05/2007; 15/10/2007), o se relaciona con “una situación de verdadera necesidad (acuciadas por su situación económica), en un contexto de aislamiento derivado de su juventud y desconocimiento del idioma en un país desconocido” (STS 5/03/2007 y SAP de las Palmas de 3/4/2008), o con una “situación de desamparo” (STS 8/04/2008), o, simplemente, con una “situación de ilegalidad” (STS 10/11/2009)³⁴.

Frente a estos pronunciamientos que cuestionan el consentimiento de la mujer, bien por el carácter sexual del trabajo que vienen a realizar, bien por las propias razones que le obligan a emigrar a otro país, negando así su derecho legítimo a emigrar y a dedicarse al negocio del sexo, surge una línea interpretativa más restrictiva y respetuosa de la libertad de las migrantes trabajadoras del sexo. Este sector jurisprudencial exige la existencia de un contexto coercitivo o de abuso en el ejercicio de la prostitución para afirmar la existencia tanto de una explotación punible (art. 188.1 CP) como de trata con fines de explotación sexual, acorde con el significado que el delito de trata contempla el nuevo art. 177 bis, tras la reforma por LO 5/2010 del Código penal: “empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”³⁵.

Es indudable el avance que esta línea jurisprudencial ha supuesto para el reconocimiento de la autodeterminación de las trabajadoras del sexo nacionales o migrantes, pero queda aún pendiente lo más problemático: determinar cuándo esa

³³ p. 129; énfasis añadido. Es cierto que otros textos internacionales aportan otras vías de solución, más coherentes como la Directiva 2011/36/UE, donde se afirma la vulnerabilidad de los menores, dejando al sexo como un factor que evaluar, junto al estado de gestación, el estado de salud o la discapacidad (considerando núm. 12).

³⁴ También la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado señala que “la realidad acredita que los delitos de prostitución coactiva afectan prácticamente en su totalidad a ciudadanas extranjeras que, en muchas ocasiones, no solo residen en España en situación de irregularidad administrativa, sino que también son víctimas cualificadas de trata de seres humanos”.

³⁵ Se responde así a las exigencias impuestas por la Decisión Marco 2002/629/JAI, que requiere para hablar de explotación sexual lucrativa en el ámbito de la trata que se recurra a la coacción o engaño o que haya abuso de superioridad u otras formas de presión, de tal modo que la persona carezca de una opción real o aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto. En igual sentido, las SSTS 29/05/2007; 3/07/2008; 22/04/2009; 10/11/2009; 15/02/2010; 1/12/2010; 23/03/2011; 6/02/2012, así como SAP de Cáceres 27/06/2012.

decisión es libre y no está viciada. Una cuestión que se hace más complicada cuando “la vulnerabilidad se amplía a circunstancias personales o económicas que pueden condicionar la capacidad de consentir de quienes las padecen”³⁶. Prueba de ello es la tendencia de nuestro Tribunal Supremo a basar esa especial vulnerabilidad en “la precariedad de las condiciones de trabajo en su país o su retribución o de las circunstancias en las que se encontraban al llegar, no disponiendo de dinero ni de familia o personas conocidas que pudieran prestarles asistencia o socorro” (STS 1/12/2010).

Es precisamente este entendimiento el que sigue constituyendo la interpretación más generalizada, aunque con algunas excepciones³⁷. De este modo, la vulnerabilidad se convierte en una condición inherente de la prostitución, dada su consideración como algo forzado por definición, lo que transforma a las prostitutas en objetos más que sujetos, en cuanto que se las considera meras víctimas pasivas del sistema social y económico que necesitan ser “rescatadas” y protegidas de explotación³⁸.

Una protección que además tiene un alto precio cuando se limita a criminalizar todo lo que rodea la prostitución, incluida la migración con este fin, a costa de la libre elección y los derechos de las trabajadoras del sexo.

3. La criminalización como respuesta oficial contra la trata

La respuesta de nuestro gobierno ante la identificación conceptual entre trata y prostitución, unida a la supuesta vulnerabilidad que automáticamente se predica de toda mujer migrante, ha sido optar por la vía punitiva. Una criminalización que se da a todos los niveles, tanto *primario* -con la incriminación por parte del legislador de en un tipo penal específico para la trata (art. 177 bis CP), abandonando su anterior previsión como forma agravada del tráfico ilegal de inmigrantes- como *secundario*, por los operadores jurídicos encargados de su persecución y sanción (policía e instancias judiciales). Su victimización queda así garantizada, como se viene indicando en los apartados precedentes.

Su justificación se hace residir en la alarma desmedida generada por la sobredimensión que las “cifras oficiales” ofrecen sobre esta realidad en España. Desde

³⁶ MAQUEDA, Discurso, 2011.

³⁷ Como las que niegan la vulnerabilidad inherente al hecho de ser inmigrantes (STS 15/02/2010) o que, aceptándola, exigen un plus de abuso para negar la libertad (SAP Girona 2/05/2004). Lo que demuestra que es posible otra racionalidad jurídica, más realista y menos ideologizada (MAQUEDA, Discurso, 2011).

³⁸ WIJERS, en: OSBORNE (ed.), *Trabajador@s*, 2004, 212.

los informes de la guardia civil a los más recientes elaborados por el Ministerio del Interior u otros organismos oficiales coinciden en resaltar el imparable aumento del número de víctimas de trata en nuestro país. Así se desprende de los datos emitidos por el Centro de Inteligencia sobre Crimen Organizado (CICO): “en cuanto a las víctimas, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado han identificado durante 2009 a 1.301 personas, un 41% más que en 2008. El 95% -continúa- eran mujeres (y) (...) el 50% estaban en situación irregular”³⁹. Unos datos que en 2010 se cifran en 1.605 víctimas de trata, de las cuales el 92% eran mujeres y el 93% extranjeras, de las que 523 se encontraban en situación irregular⁴⁰.

Una realidad oficial que es rechazada por las propias asociaciones que trabajan directamente en el terreno de la prostitución. Así lo denunciaba el Colectivo Hetaira:

“No existen estudios ni investigaciones lo suficientemente rigurosas (lo afirma el propio Gobierno central en sus conclusiones del congreso de 2006) como para saber con exactitud qué número de personas ejercen la prostitución, cuáles de ellas lo hacen por decisión propia; cuántas han utilizado redes de tráfico para entrar al país de forma irregular y después ejercer por su cuenta; cuántas lo hacen bajo situaciones de coacción y abuso de poder (víctimas de trata de seres humanos)”⁴¹.

Un claro ejemplo de ello es que estimaciones tan precisas publicadas en los medios de comunicación sobre que existen “entre 45.000 y 350.000 prostitutas en España”, no sólo no se corresponde con la muy inferior expuesta en estudios de ámbito autonómico sobre el alcance de la prostitución, sino que además se desconoce su fuente, método o autoría⁴². Aun así, esta macrocifra ha logrado prevalecer incluso fuera de nuestras fronteras, como refleja el Informe de UNODC sobre trata de personas de 2010, donde se afirma que en España ejercen la prostitución un número cercano a las 350.000 mujeres, de las cuales el 80% son extranjeras en situación irregular.

Incluso en el hipotético caso de aceptarse como válida, tal cifra iría en contra de quienes la utilizan como argumento del abordaje abolicionista sobre la trata, ya que indicaría que existe un importante número de mujeres (por lo menos ese 20%) que han

³⁹ En una nota de prensa emitida por el Ministerio de Igualdad anunciando la presentación del Informe sobre el estado de la situación del plan integral en 2010, del 23 de abril de 2010. Disponible: <http://www.migualdad.es>.

⁴⁰ Datos ofrecidos con ocasión de la firma del Protocolo Marco de Protección de las víctimas de trata de 2011. Disponible en: <http://www.e-mujeres.net>.

⁴¹ Hetaira es una organización madrileña compuesta por mujeres que reivindican los derechos para las trabajadoras del sexo. Se trata de un extracto de la entrevista ofrecida por una de sus miembros, Mamen Briz, sobre el tratamiento de la prostitución en los medios de comunicación. Cuestionario sobre la prostitución, para el estudio “El tratamiento de la prostitución en los medios de comunicación” de la Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://www.colectivohetaira.org>.

⁴² KAPPLER, en: VILLACAMPA (coord.), Prostitución, 2012, 31 y 33; LÓPEZ RIOPEBRE, *Gazeta de Antropología*, 27/2, 2011, 13.

tomado conscientemente la decisión de abandonar sus países para prostituirse en España, sin engaños ni abusos. Una realidad que es respaldada además por los propios informes de la guardia civil cuando destacan que los casos de mujeres que han sido engañadas, obligadas a prostituirse, compradas y vendidas como meras mercancías, y sometidas a régimen de esclavitud, suponen solo un 15% del total de mujeres extranjeras que están ejerciendo la prostitución⁴³. Ello explica, según estos informes, el pequeño porcentaje de denuncias de explotación sexual durante las inspecciones llevadas a cabo en los clubes: la mayoría ejercen la prostitución voluntariamente, sin reconocer abiertamente su vinculación con organizaciones que les facilitan tanto los medios para el desplazamiento como el ocupar una plaza en algún club, a cambio de una gran cantidad de dinero.

Esta mistificadora y distorsionada percepción del tráfico y la prostitución de mujeres migrantes es el resultado, según afirma ACCEM en su *Informe sobre trata* de 2008, que se obtiene cuando sólo se tienen las estadísticas oficiales para conocer la realidad delincriminal. Con este tipo de datos, afirma, solo se pueden conocer los delitos denunciados, las causas incoadas, las sentencias impuestas y las personas encarceladas que las cumplen, pero no toda esta realidad delictiva. Además, no todas las bases de datos nacionales recogen los datos de la misma manera ni estos son comparables, lo que dificulta enormemente el establecimiento de estimaciones globales sobre el fenómeno⁴⁴. Concluye, por tanto, que es muy complicado hablar de volúmenes estimativos sin caer en la exageración intentando acercarnos a la realidad tan difícil de identificar⁴⁵.

⁴³ SOLANA, Prostitución, 2003, 191. Se refiere a una información de la guardia civil que cita Vicenç NAVARRO, en su análisis de la prostitución en Cataluña de 2001. El propio Instituto Andaluz de la Mujer alertaba que “La prostitución es un fenómeno voluble, y su contabilización sólo puede ser meramente aproximativa. Teniendo siempre en cuenta que las cifras sufren grandes fluctuaciones a lo largo del año”. Resulta además curioso el tratamiento unívoco que dan a la trata y al tráfico en relación a la prostitución, cuando alude que “dado que esta segunda figura se incluye el engaño, (muchas mujeres pueden saber que vienen a ejercer la prostitución pero no las condiciones en que lo van a hacer) nos encontramos ante casos generalizados de trata” (Informe de 2005, pp. 91 y 99).

⁴⁴ Así lo ponen de manifiesto las fiscalías de extranjería, como la de Málaga cuando apunta que la falta de rigor a la hora de registrar adecuadamente estos delitos “ha conducido a confundir delitos de prostitución con delitos de trata de seres humanos y viceversa (...) igualmente (...) entre delitos de trata de seres humanos con fines de explotación laboral y delitos contra los derechos de los trabajadores” (Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, p. 830).

⁴⁵ Informe, 2008: 38-39. La Red Española contra la trata se refería a esa dificultad en su *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación*, de 2008, debido a la ausencia de estadísticas oficiales anuales sobre el número de víctimas desglosadas por sexo, edad, nacionalidad, etc., así como de mecanismos de seguimiento. También el Informe de UNODC de 2010 indica que solo se detecta una de cada veinte potenciales víctimas de trata con fines de explotación sexual. Una tendencia que el *Informe del Defensor del Pueblo* de 2012 confirma en España a la vista de los datos ofrecidos por el CICO: durante 2010 se detectaron 15.075 personas en situación de

Parece evidente, entonces, que el fenómeno de las redes mafiosas y la trata aparece convenientemente sobredimensionado para justificar el marcado carácter punitivo de nuestra política antitrata⁴⁶.

Por otra parte, los datos oficiales muestran que tanto el porcentaje de los casos como el tipo de explotación detectado se hallan determinados por las pautas de intervención de las autoridades encargadas de perseguir este delito. Lo que nos lleva a plantear que el derecho de protección de las personas tratadas se hace depender de la decisión sobre quién debe ser catalogado como “víctima de trata”. Una categoría que, como sucede en España y en muchos otros países (Suecia, Reino Unido o EEUU, entre otros), al margen de su definición internacional, ese status jurídico o de hecho solo se reconoce a mujeres y niñas que han sido forzadas a prostituirse, privando o limitando al resto de beneficiarse de las medidas de asistencia⁴⁷. En otras palabras, todas las trabajadoras sexuales que, bien por su condición de inmigrante irregular, bien por su situación de necesidad, son tachadas de “vulnerables” a la trata, al margen de su voluntariedad. Así lo confirma la Memoria de Fiscalía de 2012 cuando se refiere a la indiferencia social como principal obstáculo en la detección de casos de trata, debido a la aceptación de cualquier actividad vinculada al proxenetismo en general que ignora “las verdaderas circunstancias en que se desarrolla este hipócritamente llamado *oficio más antiguo del mundo* (?) (pobreza, desinformación, discriminación, drogadicción, desesperación)”⁴⁸. Siendo así que, según la OSCE,

“Cada vez con más frecuencia, la trata no es un fenómeno marginal que se limita a la explotación sexual o a víctimas con un cierto perfil. Incluso la trata está cada vez más conectada con tendencias económicas, especialmente en algunos sectores tales como la agricultura y la construcción, en donde la explotación de los trabajadores inmigrantes es ya un problema endémico”⁴⁹.

riesgo de las que fueron identificadas 1.641, y en el año 2011 fueron 14.370 en situación de riesgo, de las que finalmente 1.082 fueron identificadas como víctimas (p. 101).

⁴⁶ SOLANA, Prostitución, 2003, 191-192; JULIANO, La prostitución, 2002, 127.

⁴⁷ DOTTRIDGE, en: DE ISLA/DEMARCO (comps.), Se trata de nosotras, 2008, 246.

⁴⁸ De hecho, declara que “aun admitiendo hipotéticamente que una mujer con pleno desarrollo de su personalidad y consciente libertad *“tiene derecho”* y *“ha decidido ejercer”* ocasional, habitual o profesionalmente la prostitución, tendremos que convenir que (...) Eso nunca ocurrirá mientras se tolere la intermediación lucrativa sin límite alguno”. Por tanto, los bienes jurídicos comprometidos por este delito imponen que “se prohíba cualquier comercio o negocio sexual planificado y desarrollado por otra persona que no sea la propia afectada” (Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, pp. 837-838).

⁴⁹ Informe de la OSCE sobre la trata de seres humanos con fines de explotación laboral de 2011. También la Directiva 2011/36/UE especifica en su considerando núm. 11 que “la mendicidad forzosa debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del Convenio núm. 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930” o que la expresión “explotación para realizar actividades delictivas” debe entenderse como la explotación de una persona para que cometa carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares.

a) Los efectos negativos que comporta esta política represiva y de control

Los riesgos de esta expansión punitiva, acompañada de la confusión trata/prostitución como estrategia gubernamental, se denunciaban por TAMPEP, una red que actúa como un observatorio de las dinámicas de la prostitución migrante en veintiún países de Europa, destacando la exclusión y abusos que comporta una política represiva hacia la prostitución y la inmigración ilegal para estas mujeres no solo por parte de sus clientes o los que controlan la industria del sexo y los traficantes, sino también por la policía, los trabajadores de atención social y de la salud o por los funcionarios de inmigración, que debilita profundamente sus estrategias de autoprotección y autonomía y aumenta el riesgo de su marginación y explotación⁵⁰.

Una protección que, cuando se da, además de supeditarse a la previa denuncia y posterior colaboración, con los graves riesgos que estas conductas suponen para las víctimas⁵¹, es ficticia y engañosa para sus destinatarias (las trabajadoras sexuales migrantes) porque se traduce en acoso y detención policial, incoación de un procedimiento sancionador con orden de expulsión, internamiento en un centro y deportación. Así lo ponen de manifiesto asociaciones como Hetaira al llamar la atención sobre el “hostigamiento policial continuado y las multas que les impide trabajar con tranquilidad y asimilan prostitución con delincuencia” o sobre la necesidad de replantear la “obligatoriedad” de la denuncia para poder recibir protección⁵². No es extraño, entonces, que los datos e informes presentados hasta ahora por parte de la Administración solo den cuenta sobre la actuación policial y fiscal, pero no aporten información sobre la protección efectiva de los derechos de las víctimas⁵³. Ese desinterés por conocer su verdadera eficacia en la práctica nos hace pensar una vez más que no son los derechos de las víctimas de la trata o del tráfico lo que en realidad se pretende proteger, sino el control y la persecución del fenómeno migratorio voluntario o coactivo⁵⁴.

⁵⁰ BRUSSA, en: OSBORNE (ed.), *Trabajador@s*, 2004, 197-198.

⁵¹ Así se destacaba en el referido Informe de la guardia civil ante el bajo índice de denuncias tras las redadas en los clubes de alterne: “en aquellos casos de mujeres engañadas con ofertas de trabajo como el servicio doméstico, hostelería (...) y que luego se han visto obligadas a prostituirse, el miedo tanto a las represalias contra ellas o sus familias por quienes las explota, como a las autoridades españolas (miedo a ser detenidas y expulsadas por su situación irregular) les hace no denunciar” (Informe 2005, 18).

⁵² Declaraciones de Mamen Briz del Colectivo Hetaira (Temas para el Debate, 2010, p. 60).

⁵³ Lo denunciaba la Red Española contra la Trata de Personas con ocasión de la firma del Protocolo Marco de Protección de las víctimas de trata de 2011.

⁵⁴ LÓPEZ RIOPEDRE, *Gazeta de Antropología*, 27/2, 2011, 11.

Se explica así la propuesta del Convenio de Varsovia de 2005 a los Estados miembros de medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que esa asistencia a una víctima “no quede subordinada a su voluntad de actuar como *testigo*” (art. 12.6). De este modo, se pretende acabar con la tendencia generalizada de considerar a la víctima como instrumento de investigación, disponiendo medidas más preocupadas en garantizar su colaboración en el proceso que en su posible integración social.

En nuestro caso, fue necesario esperar a la ratificación del Convenio de Varsovia⁵⁵ y a las reformas de la Ley de extranjería (LO 4/2000) (en adelante LE) mediante la LO 2/2009 y la LO 10/2011 para que se estableciera un estatuto de protección específico para las personas extranjeras en situación irregular víctimas de trata de seres humanos (art. 59 bis)⁵⁶, posteriormente desarrollado en su nuevo Reglamento (art. 142)⁵⁷. Aunque sería el Protocolo Marco de 2011 el que terminara de incorporar las medidas previstas por la Directiva Europea de 2011 para mejorar la prevención del delito y la protección de las víctimas desde una perspectiva de género.

No obstante, la Fiscalía de Extranjería sigue indicando el escaso índice de aplicación del art. 59 bis LE: en 2011, de las 149 mujeres víctimas de trata de explotación sexual solo 24 aceptaron acogerse a este precepto (Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, p. 834)⁵⁸. Las razones son que el testimonio de la víctima es la única prueba de cargo, que la mayoría de las investigaciones se inician por la policía en los controles efectuados en los lugares donde son explotadas y que los procedimientos incoados son por denuncia de la propia víctima (directamente o a través de ONG). Ello, unido a las dificultades para garantizar esa colaboración a través de instrumentos que salvaguarden la seguridad y protección de las víctimas como su

⁵⁵ Convenio núm. 197 del Consejo de Europa, que entró en vigor el 1 de agosto de 2009. Esta ratificación por parte de España implica que en el futuro el Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA), un organismo del Consejo de Europa integrado por profesionales independientes, controlarán el cumplimiento de las medidas previstas en el texto.

⁵⁶ El desarrollo operativo de estas medidas estuvo a cargo de la Instrucción 1/2010 de la Secretaría General de Inmigración de forma provisional, a la espera de la aprobación del nuevo Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería.

⁵⁷ Aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que tipifica y define más claramente los procedimientos de identificación y protección de las víctimas de trata. Estas medidas han sido desarrolladas en sus aspectos prácticos por la Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, sobre los artículos 31bis y 59bis de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio.

⁵⁸ La memoria anual de la Fiscalía General del Estado de 2010 muestra también en términos de efectividad que solo 44 personas de las 1.605 víctimas identificadas han solicitado el periodo de restablecimiento y reflexión.

consideración de *testigos protegidos*⁵⁹, la estigmatización de la profesión, conseguir los objetivos económicos de la emigración aparte del miedo a los traficantes, la presión de y el medio a la policía, o lo inadecuado que resulta la redada como principal medio para su identificación, constituyen motivos suficientes para justificar su negativa a cooperar⁶⁰.

No son tantos, pues, los beneficios que se predicen del actual marco de protección, cuando el resultado de las intervenciones policiales sigue siendo la detención y -por hallarse en situación irregular- la expulsión⁶¹, aunque se califique como un “retorno” al país donde supuestamente fueron forzadas a irse⁶². Así lo evidencia el riesgo de expulsión por fallos en la identificación de víctimas en situación irregular, sin permitirles el acceso a medidas de protección, a la justicia, y exponiéndolas a una nueva revictimización⁶³. O incluso que se llegue a denuncias policiales por desobediencia si persisten en permanecer en un lugar determinado, denuncias que pueden conducir a una condena por falta de desobediencia, con el riesgo de convertirse en privación de libertad por impago de las multas impuestas⁶⁴. O la aproximación de nuestra política criminal interna al modelo sueco de penalización del

⁵⁹ Resulta llamativo que desde el año 2000 hasta 2005 solicitaron acogerse a la posibilidad de Testigo Protegido por haber colaborado en la desarticulación de esas redes criminales 1.100 mujeres, de las que solo a 598 se les ha concedido (MAYORDOMO, El delito de tráfico ilegal, 2008, 29). Una posibilidad que continúa siendo “patentemente deficiente” en la actualidad, hasta el punto de generalizarse por los Fiscales la petición de la práctica de prueba testifical preconstituida de la presunta víctima (Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, p. 835).

⁶⁰ KAVEMANN, en: VILLACAMPA (coord.), Prostitución, 2012, 105-106. Resultados extraídos por la autora de un estudio realizado en Alemania sobre los determinantes del grado de disposición de estas víctimas a la hora de declarar en contra de la explotación sexual.

⁶¹ Así lo denuncia el Informe de Estados Unidos sobre trata de personas en España de 2011, que destaca que, a pesar de los informes de identificación de las organizaciones no gubernamentales autorizadas y especializadas, las víctimas de trata confirmadas todavía continúan siendo detenidas y deportadas por las autoridades.

⁶² SOLANA, Prostitución, 2003, 191. Según declaraciones hechas por el inspector de policía de la Brigada Provincial de Extranjería tras la última gran redada efectuada en pisos y chalés de Madrid en 2010, “La operación perjudicó a las prostitutas. Es incorrecto escribir -continuó- que fueron *liberadas* porque, aunque explotadas, muchas ejercían de forma voluntaria”. En esta redada, una mujer solicitó medidas de protección, 35 fueron expulsadas por estar indocumentadas y 314 se quedaron sin lugar donde poder seguir trabajando (20 minutos, 28 de julio de 2010).

⁶³ Informe del Proyecto Esperanza “Valoración del nuevo Marco Jurídico contra la trata de seres humanos. Análisis de casos reales y recomendaciones”, de 2010 (p. 9).

⁶⁴ Manifiesto en contra de la violencia institucional que se ejerce sobre las trabajadoras sexuales de la calle, elaborado con motivo de las Jornadas sobre “Los costes de la prohibición del trabajo sexual en la calle: especial atención a las mujeres extranjeras”, celebradas en la Universidad de Málaga el 8 de junio de 2012, dentro del Proyecto de I+D “Multiculturalidad, Género y Derecho” (DER2009-08297). Este manifiesto se produjo a raíz de las noticias sobre denuncias de la policía de Málaga contra las prostitutas tras el tercer apercibimiento en 24 horas y sobre la primera condena a una prostituta por desobedecer la ordenanza de convivencia (La Opinión de Málaga, 4 y 5 de julio de 2012, disponible en <http://www.laopiniondemalaga.es>). La respuesta de la Fiscal responsable de Violencia de Género, FLOR DE TORRES, ha sido la negativa a acusar por vía penal a las prostitutas (La Opinión de Málaga, de 21 de septiembre de 2012, disponible en <http://www.laopiniondemalaga.es>).

cliente, como evidencian las recientes ordenanzas municipales en relación a la prostitución⁶⁵.

Resulta lógico que, ante los efectos negativos de esta normativa victimizante, algunas voces apunten a la necesidad de que las medidas y sanciones se dirijan a las bases económicas de la prostitución y dejen de basarse de forma individualizada en las prostitutas, e impedir así que sigan siendo ineficaces o incluso inapropiadas⁶⁶. La propia Fiscalía de Extranjería así lo reconoce cuando plantea recurrir a otros métodos de investigación, como la perspectiva comercial de la trata, que permita la investigación, detención y enjuiciamiento de los traficantes sin tener que depender de la cooperación de la víctima⁶⁷.

Un dudoso y equívoco panorama proteccionista que no es exclusivo de nuestro país. En efecto, el interés de la Directiva 2011/36/UE por garantizar la asistencia a las víctimas de trata no tardaría en despertar recelos cuando en su considerando núm. 17 alude a que “la presente Directiva (...) *no se ocupa de las condiciones de la residencia de las víctimas de la trata de seres humanos en el territorio de los Estados miembros*”⁶⁸. Está claro que obviar una cuestión tan importante para garantizar la salida de la víctima de las redes de traficantes y restablecer sus derechos cuando se refiere a migrantes en situación irregular hace dudar sobre si realmente esta Directiva antepone el fin de protección al control de la migración irregular de las víctimas de estas conductas.

Esa manifiesta indiferencia de la Unión Europea hacia el estatuto residencial de quienes son más vulnerables a esta práctica conduce a plantearse si, bajo el amparo de esta nueva orientación centrada en la víctima de trata, lo que realmente se está imponiendo es su política de inmigración restrictiva⁶⁹. Ello explicaría que la trata, como asunto prioritario en las políticas de sus estados miembros, así como en la de otros muchos países, se esté convirtiendo -como ya sucediera en su día con la “trata de blancas”- en la coartada perfecta para combatir criminalmente otros fenómenos presentes en su actual fisonomía: migración clandestina, redes criminales y

⁶⁵ Ampliamente, MAQUEDA, Prostitución, 2009, 84 ss. Es el caso, por ejemplo, de Cataluña con la creación de ficheros con datos personales de prostitutas y clientes multados o su solicitud al gobierno de perseguir la prostitución callejera como delito (*El Mundo*, 30 de abril de 2012, disponible en <http://elmundo.es>).

⁶⁶ LIM, en: OSBORNE (ed.), *Trabajador@s*, 2004, 58.

⁶⁷ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012, p. 837.

⁶⁸ DOC L 101 de 5.4.2011, 3 (énfasis añadido).

⁶⁹ VILLACAMPA, en: la misma, *Prostitución*, 2012, 243.

prostitución⁷⁰. Se entiende así que medidas tan relevantes como la necesaria identificación y asistencia de las víctimas de trata y del tráfico ilegal de inmigrantes se supediten en las agendas políticas a la consecución de esos otros fines mencionados.

Probablemente esas sean las causas que han motivado, por un lado, el Dictamen de la Sección Especializada de Relaciones Exteriores sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Enfoque Global de la Migración y la Movilidad”, de 2012, que reclama la necesidad de dotar de asistencia a esos grupos de personas objeto o no de trata⁷¹. Y, por otro, la reciente Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, por la que se establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo⁷².

III. CONCLUSIÓN

A lo largo de este análisis se ha expuesto la situación crítica que padecen las personas implicadas en estos fenómenos (personas tratadas, migrantes irregulares y trabajadores sexuales), pese al insistentemente declarado interés por su asistencia y protección. La limitada o nula efectividad práctica de las medidas adoptadas pone en tela de juicio si es realmente esa asistencia su fin o un mero pretexto para mantener una política represiva de la inmigración y de la prostitución. Se hace necesario, pues, abandonar la actual retórica antitráfico y abolicionista, que ofrece protección a cambio de restringir los derechos de las víctimas, por otra que centre sus esfuerzos en la condiciones políticas y económicas que propician estas actividades y reconozca la capacidad de agencia de las mujeres migrantes respetando sus opciones de supervivencia y salvaguardando sus derechos en el sector de los servicios sexuales o en cualquier otro sector laboral.

⁷⁰ A la injustificada expectación y respuesta que a principios del S.XX despertó el mito de la trata de blancas y su paralelismo con el actual tratamiento sobredimensionado del tráfico de mujeres, se refiere DOEZEMA cuando describe los mismos miedos y ansiedades presentes en ambos discursos: miedo a inmigrantes que invaden la nación, a la imparable expansión capitalista y, sobre todo, a la independencia de las mujeres y a su sexualidad. DOEZEMA, en: OSBORNE (ed.), *Trabajador@s*, 2004, 156-157.

⁷¹ Así parece deducirse cuando tras afirmar que gran parte de las personas que se encuentran en Europa en situación irregular son víctimas de las redes criminales, insta a la UE a seguir luchando contra las redes criminales de trata y del tráfico ilegal, y a que *la protección a las víctimas debe estar garantizada* (conclusión núm. 4.8) COM (2011) 743 final (énfasis añadido).

⁷² Esta Directiva pretende avanzar de forma significativa en la protección de las víctimas como, por ejemplo, no condicionando los derechos que establece al estatuto de residencia de la víctima a la presentación de denuncia (considerandos núm. 10 y 40), entre otras.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIÉN GONZÁLEZ, Estefanía/CHECA Y OLMOS, Francisco, La actualidad del abordaje de la trata de personas para la prostitución forzada en España. El Plan Integral y sus implicaciones para trabajadoras del sexo inmigradas. *Gazeta de Antropología*, 27/1, 2011, artículo 08. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10481/15281>.

ARADAU, Claudia, Vida, derechos y riesgos: las paradojas del tráfico de personas, en Gemma Nicolás y Encarna Bodelón (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona, Anthropos, 2009, pp. 233-246.

AZIZE, Yamila, Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el caribe, en Raquel Osborne (Ed.), *Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, Bellaterra, 2004, pp. 167-180.

BRUSSA, Licia, Migración, trabajo sexual y salud: la experiencia de TAMPEP, en Raquel Osborne (Ed.), *Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, Bellaterra, 2004, pp. 193-205.

DOEZEMA, Jo, ¡A crecer! La infantilización de las mujeres en los debates sobre “tráfico de mujeres”, en Raquel Osborne (Ed.), *Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, Bellaterra, 2004, pp. 151-163.

DOTTRIDGE, Mike, Daño colateral: El informe de la GAATW sobre el impacto de las iniciativas contra la Trata de personas, en María de las Mercedes de Isla y Laura Demarco (Comps.), *Se trata de nosotras: la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual*, Buenos Aires, Las Juanas Editoras, 2008, pp. 239-270.

JULIANO, Dolores, *La prostitución: el espejo oscuro*, Barcelona, Icaria, 2002.

JULIANO, Dolores, De la sartén a las brasas: riesgo, delito y pecado en femenino, en *La igualdad no es una utopía. Nuevas fronteras: avances y desafíos. Mundo de mujeres* 08/Thomson, Madrid, Aranzadi, 2008, pp. 126 ss.

KAPPLER, Karolin Eva, Entre dramatismo y el punto ciego: perspectivas sociológicas sobre la prostitución en España, en Carolina Villacampa (Coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 21-39.

KAVEMANN, Barbara, Resultados del estudio sobre el impacto de la ley sobre prostitución en Alemania, en Carolina Villacampa (Coord.), Prostitución: ¿hacia la legalización?, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 80-112.

KULICK, Don, La penalización de los clientes y “la política del ahhhj” en Suecia, en Raquel Osborne (Ed.), Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI, Barcelona, Bellaterra, 2004, pp. 223-236.

LIM, Lin Lean, El sector del sexo: la contribución económica de una industria, en Raquel Osborne (Ed.), Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI, Barcelona, Bellaterra, 2004, pp. 57-83.

LÓPEZ RIOPEDRE, José, La criminalización de la industria del sexo, una apuesta políticamente correcta, Gazeta de Antropología, 27/2, artículo 23, 2011. Disponible en: <http://hdl.handle.net>.

MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, La trata de mujeres para la explotación sexual, en Rosario Serra Cristóbal (Coord.), Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 295-306.

MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, Prostitución, feminismos y derecho penal, Granada, Comares, 2009.

MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico (A propósito de las “víctimas” de la prostitución y el tráfico sexual de mujeres), 2011 (en prensa).

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, Madrid, Iustel, 2008.

OSBORNE, Raquel, Introducción, en Raquel Osborne (Ed.), Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI, Barcelona, Bellaterra, 2004, pp. 11-40.

RUBIN, G.S., Penser le sexe. Pour une théorie radicale de la politique de la sexualité, en Rubin y Butler, Marché au sexe, Epel, 2001.

SOLANA RUIZ, José Luis, Prostitución, tráfico e inmigración de mujeres, Granada, Comares, 2003.

SOLANA RUIZ, José Luis, El informe de la ponencia para el estudio de la situación actual de la prostitución en España: Análisis, comentarios y evaluación, en José Luis Solana y

Estefanía Acién (Eds.), Los retos de la prostitución. Estigmatización, derechos y respeto, Granada, Comares, 2008, pp. 77-149.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, La trata de seres humanos para explotación sexual: relevancia penal y confluencia con la prostitución, en Carolina Villacampa (Coord.), Prostitución: ¿hacia la legalización?, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 215-266.

WIJERS, Marjan, Delincuente, víctima, mal social o mujer trabajadora: perspectivas legales sobre la prostitución, en Raquel Osborne (Ed.), Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI, Barcelona, Bellaterra, 2004, pp. 209-221.

* * * * *

La prohibición de las guerras de agresión

~Prof. Dra. Demelsa Benito Sánchez~

Prof. Ayudante Doctora. Univ. de Deusto (España). Socia de la FICP.

Sumario. I. Introducción. II. El período de entreguerras. 1. El Tratado de Versalles y el Pacto de la Sociedad de Naciones. 2. El Protocolo para la resolución pacífica de controversias internacionales. 3. Los Tratados de Locarno. 4. El Pacto Briand-Kellog. 5. El Pacto Saavedra Lamas. 6. La Conferencia de Desarme. III. El final de la IIGM y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional. IV. Definiendo “agresión” en el seno de la ONU. 1. La Carta de las Naciones Unidas. 2. La formulación de los principios de Núremberg. 3. La Resolución 3314 (XXIX) sobre la definición de agresión. V. El Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. VI. El Estatuto de la Corte Penal Internacional. VII. Preparando la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional. VIII. La Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional. IX. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN¹

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, incluye en su artículo 5 el crimen de agresión dentro de aquéllos respecto de los cuales la Corte podrá ejercer su competencia por ser uno de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Sin embargo, la falta de consenso acerca de la definición del crimen, así como del mecanismo de activación de la competencia de la Corte sobre el mismo, hizo que el ejercicio de dicha competencia se pospusiera en el tiempo hasta que, según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo. 5, se aprobara una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 del mismo texto legal en la que se definiera el crimen y se enunciaran las condiciones en las cuales lo haría; disposición que, además, debería ser compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Fue en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional, celebrada entre los días 31 de mayo y 11 de junio de 2010 en Kampala (Uganda), donde se logró un consenso al respecto y se adoptó una resolución para enmendar el Estatuto en lo tocante al crimen de agresión de acuerdo con los requerimientos del referido artículo 5.2.

¹ Este trabajo forma parte de una investigación llevada a cabo en el Instituto de Derecho penal y procesal penal de la Universidad de Colonia (Alemania), bajo la supervisión del Prof. Dr. Claus Kress, quien fue representante de la delegación alemana en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional. A él, y a su equipo, deseo expresarle toda mi gratitud por su hospitalidad durante mi estancia allí. La estancia de investigación, que tuvo lugar entre noviembre de 2011 y octubre de 2012 fue financiada por el Ministerio de Educación, Orden EDU/2728/2011, de 29 de septiembre, BOE, n.º 247, de 13 de octubre de 2011.

Llegar a ese consenso no fue una tarea fácil. De hecho, la comunidad internacional llevaba casi un siglo tratando de prohibir las guerras de agresión. Los primeros documentos datan del período de entreguerras. Si bien, en ninguno de ellos se establecía responsabilidad penal individual para los responsables de una guerra de agresión. Habría que esperar hasta el final de la IIGM para ver un texto en el que así se señalara, a saber, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional por el que habrían de ser juzgados los principales responsables de la guerra. Pese a establecer responsabilidad penal individual por planear, preparar, iniciar o librar una guerra de agresión, este texto no definía el término “agresión”. Dos décadas tendrían aún que transcurrir para que se adoptara una definición al respecto. Así se hizo en el seno de las Naciones Unidas, si bien, dicha definición formaba parte de un documento sin fuerza vinculante y que, al contrario que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, se olvidaba de la responsabilidad penal individual para centrarse en la responsabilidad del Estado que lleva a cabo un acto de agresión. Con todo, ese documento, una resolución del año 1974, marcaría un antes y un después en el largo camino hacia la prohibición de las guerras de agresión y, de hecho, su influencia es notoria, como se verá, en la resolución de Kampala que enmienda el Estatuto de la Corte Penal Internacional en esta materia.

El presente trabajo realiza un repaso detallado por esos y otros documentos internacionales y regionales que trataron de definir “agresión” y de prohibir las guerras de agresión.

II. EL PERÍODO DE ENTREGUERRAS

1. El Tratado de Versalles y el Pacto de la Sociedad de Naciones

Finalizada la Primera Guerra Mundial, la Conferencia de Paz de París, celebrada en enero de 1919, creó una comisión con el objetivo de depurar responsabilidades por la guerra². En concreto, la comisión debía determinar si Alemania y sus aliados habían violado el Derecho internacional iniciando y combatiendo en la guerra, a la vez que debía considerar las penas a imponer. Sólo tres meses después de su constitución, la comisión, en lo concerniente a la regulación de las guerras de agresión, determinó que no existía en el Derecho internacional una prohibición formal de la guerra por lo que no podía establecer el grado de responsabilidad penal de aquéllos que habían ordenado o

² UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, 1948, p. 32.

llevado a cabo la Gran Guerra³. En efecto, las Conferencias para la resolución pacífica de conflictos internacionales de los años 1899 y 1907 no prohibían el uso de la fuerza, toda vez que lo que estipulaba su art. 1 era que las partes resolverían los conflictos internacionales entre ellas evitando, en la medida de lo posible, el recurso a la fuerza, siendo que ante graves desacuerdos o conflictos, “antes de apelar a la armas” recurrirían a los buenos oficios o a la mediación de una o más potencias amigas en la medida en que las circunstancias lo permitieran (art. 2). Ante la inexistencia de una prohibición expresa de las guerras de agresión, la comisión consideró que el Káiser Guillermo II habría de ser procesado no porque su conducta constituyera una violación del Derecho internacional, sino porque constituía “una ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados”, como se plasmó en el art. 227 del Tratado de Versalles⁴; si bien la negativa de Holanda, país neutral en la contienda, a extraditar al emperador, impidió, como es sabido, el procesamiento del Káiser.

Tras la Gran Guerra, aunque los Estados eran aún reacios a renunciar a su viejo derecho a hacer la guerra (*ius ad bellum*) cuando sus intereses más vitales estuvieran en juego, sí parecían aceptar, sin embargo, que esta prerrogativa no podía continuar siendo ilimitada como en tiempos pasados. El contenido del Pacto de la Sociedad de Naciones, incorporado al Tratado de Versalles, da fe de ello. Así, ya el Preámbulo comenzaba destacando la importancia de no recurrir a la guerra⁵. Conforme su art. 10, las partes se comprometían tanto a respetar la integridad territorial y la independencia política de los Estados, como a mantenerla contra toda “agresión exterior”. En el caso de que surgiera algún desacuerdo entre las partes capaz de ocasionar la ruptura, las partes se obligaban a someterse a un procedimiento de arbitraje o al examen ante el Consejo, y no podrían recurrir a la guerra antes de que hubiera transcurrido un plazo de tres meses desde la sentencia de los árbitros o desde el dictamen del Consejo (art. 12). Los arts. 13 y 15 relatan cómo debía llevarse a cabo el proceso de arbitraje y el proceso ante el Consejo. Este último habría de ocurrir cuando la disputa entre las partes no fuere sometida al procedimiento de arbitraje señalado en el art. 13. Aceptado por unanimidad el dictamen

³ SOLERA, Defining the crime of aggression, Cameron May Ltd, Londres, 2007, p. 18.

⁴ Tratado de Paz entre las potencias aliadas y asociadas y Alemania, firmado en París el 28 de junio de 1919. Art. 227 párrafo primero del Tratado de Versalles: “Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados”. Se cita según el texto de la versión publicada en INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO COMPARADO, El tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes, Madrid, 1920.

⁵ “Las Altas Partes Contratantes: Considerando que para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizarles la paz y la seguridad, importa: Aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra”.

del Consejo, los miembros de la Sociedad de Naciones se comprometían a no recurrir a la guerra contra ninguna parte que se conformare con las conclusiones del dictamen. En el caso en que el Consejo no lograra que se aceptara su dictamen por todos sus miembros, excepto los representantes de cualquier parte interesada en la cuestión, los miembros de la Sociedad se reservaban “el derecho de proceder como lo tengan por conveniente para el mantenimiento del derecho y de la justicia” (art 15). El Estado que, contraviniendo lo dispuesto en los referidos preceptos, recurriera a la guerra sería sancionado con la ruptura de toda relación comercial o financiera (art. 16).

Con todo, la prohibición de recurrir a la guerra contenida en el Pacto de la Sociedad de Naciones adolecía de diversas lagunas. De hecho, era una prohibición que distaba mucho de ser absoluta pues se podía distinguir entre guerras desarrolladas conforme a los términos del Pacto y guerras desarrolladas en violación de los términos del Pacto. La justicia o injusticia del conflicto no era un factor determinante. Simplemente, si un Estado rechazaba someterse al procedimiento de arbitraje o examen ante el Consejo, o si no esperaba los tres meses desde la decisión de los árbitros o del Consejo para iniciar la guerra, se trataría de una violación del Pacto incluso aunque la causa fuera justa. Por el contrario, si el dictamen del Consejo no se adoptaba por unanimidad o si una parte no se conformaba con dicho dictamen, un Estado podía iniciar una guerra que no sería contraria al Pacto, aunque la causa fuera injusta⁶. Además, el art. 10 únicamente se refería a los miembros de la Sociedad de Naciones, con lo que el recurso a la guerra no parecía estar prohibido respecto de terceros Estados⁷. Asimismo, el concepto de guerra que empleaba el Pacto era el concepto tradicional, que suponía la voluntad de los Estados de provocar un estado de guerra; por tanto, los Estados podían excusarse de sus obligaciones alegando que no se trataba de una guerra en sentido formal por faltar el *animus belligerendi*⁸. Por otra parte, el Pacto no explicaba el significado de la expresión “agresión exterior”, ni señalaba si existía alguna diferencia entre esa expresión y el término “guerra”, que se empleaba en otras ocasiones a lo largo del texto.

2. El Protocolo para la resolución pacífica de controversias internacionales

La década de los años veinte se caracterizó por tratar de superar las lagunas que

⁶ SELLARS, Delegitimizing Aggression. First Steps and False Starts after the First World War, JICJ, vol. 10, n.º 1, Marzo 2012, p. 18.

⁷ SOLERA, Defining, 2007, p. 24.

⁸ WERLE, Tratado de Derecho penal, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 739.

había dejado el Pacto de la Sociedad de Naciones, como así habría sucedido si hubiera entrado en vigor el proyecto de Protocolo para el arreglo pacífico de controversias internacionales, adoptado por la Asamblea de la Sociedad el 2 de octubre 1924 (en adelante, Protocolo de Ginebra). Su preámbulo afirmaba lo que costaría décadas plasmar por escrito en un texto vinculante: que la guerra de agresión es un “crimen internacional”. Sin embargo, y a pesar de afirmar que constituía un crimen, nada en el Protocolo sugería un cambio de la responsabilidad del Estado hacia la responsabilidad individual por la realización de una guerra de agresión.

La prohibición de la guerra se contenía en el art. 2 del Protocolo. Los Estados signatarios se obligaban a no acudir a la guerra, salvo en caso de legítima defensa o cuando se actuara de acuerdo con las decisiones del Consejo o de la Asamblea de la Sociedad de Naciones según las previsiones del Pacto o del Protocolo. El documento se refería a la “guerra de agresión”, al “acto de agresión” y a la “agresión”, pero no definía ninguno de esos términos, aunque sí ofrecía una definición de “agresor”: aquel Estado que recurra a la guerra violando los compromisos recogidos en el Pacto o en el Protocolo, así como aquél que viole las reglas establecidas para una zona desmilitarizada (art. 10). Pese a que se trataba de la definición más completa hasta el momento, el instrumento nunca entró en vigor por la ausencia del número requerido de ratificaciones pues los Estados se dividieron en dos grupos: los que consideraban deseable definir con antelación “agresión” y los que consideraban que debería determinarse casuísticamente⁹.

3. Los Tratados de Locarno

Ulteriores intentos por prohibir las guerras de agresión acontecieron a nivel regional más que internacional en los denominados Tratados de Locarno. Diseñados para normalizar las relaciones con la Alemania derrotada en la IGM, se firmaron entre ésta, Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia el 16 de octubre de 1925, obligándose, por un lado, Alemania con Bélgica, y por otro, Alemania con Francia, a no atacarse, invadirse ni recurrir a la guerra entre ellas, salvo en caso de legítima defensa, salvo que se tratase de una acción conforme al art. 16 del Pacto de la Sociedad de Naciones (es decir, actuaciones como reacción a un miembro que hubiera recurrido a la guerra

⁹ MCDUGALL, The Crime of Aggression: Born of the Failure of Collective Security – Still Shackled to its Fate? Time to Catch Up or Part Ways, en: BLUMENTHAL/MCCORMACK (eds.), The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, p. 147.

contraviniendo lo dispuesto en los arts. 12, 13 o 15) o salvo que se tratare de una acción resultado de una decisión adoptada por la Asamblea o por el Consejo de la Sociedad de Naciones, de conformidad con el art. 15.7 del Pacto, siempre que, en este último caso, la acción se dirigiera contra un Estado que fue el primero en atacar.

La novedad a destacar en este texto, que tampoco impidió el desencadenamiento de la IIGM fue la referencia al *primer uso* de la fuerza armada, que aparecerá en documentos posteriores en materia de agresión como se tendrá ocasión de analizar a lo largo de este trabajo.

4. El Pacto Briand-Kellog

La década de los años veinte constituye un punto de inflexión en el proceso hacia la prohibición de las guerras de agresión. Incluso tras el fracaso del Protocolo de Ginebra, los Estados no se dieron por vencidos. El 27 de agosto de 1928 se adoptaba en París el Tratado general de renuncia a la guerra como instrumento de política nacional¹⁰, más conocido como Pacto Briand-Kellog, por los apellidos de sus ideólogos, el Ministro de Asuntos Exteriores francés, Aristide Briand, y el Secretario de Estado norteamericano, Frank B. Kellog. El tratado únicamente contenía tres artículos. El tercero iba dedicado a la entrada en vigor. El primero y el segundo merecen ser reproducidos:

Artículo 1. Las Altas Partes Contratantes, en nombre de sus pueblos respectivos, declaran solemnemente que condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas.

Artículo 2. Las Altas Partes Contratantes reconocen que el arreglo o la solución de todas las controversias o conflictos, cualquiera sea su naturaleza u origen, que pudieran surgir entre ellas, no deberá jamás buscarse sino por medios pacíficos.

Prácticamente, cada uno de los términos empleados por los preceptos merece un análisis. Así, la expresión “recurso a la guerra” no impediría, en principio, el uso de la fuerza “menor” que la guerra. De igual manera, la locución “controversias internacionales” excluiría las disputas internas y guerras civiles. Los términos “política nacional” parecen sugerir que acciones internacionales, como por ejemplo, sanciones impuestas según el Pacto de la Sociedad de Naciones, no estarían prohibidas por el Pacto. La expresión “en sus relaciones mutuas” (entre las Altas Partes Contratantes) dejaría la puerta abierta a la legalidad de una guerra contra Estados no signatarios del

¹⁰ Firmado inicialmente por Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Checoslovaquia, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, India, Irlanda, Italia, Japón, Nueva Zelanda, Polonia y Sudáfrica. Posteriormente, medio centenar de países se adhirieron. Entró en vigor el 24 de julio de 1929.

Pacto. Finalmente, el verbo “buscar[se]”, no implicaría que la solución por medios pacíficos se debiera siempre “encontrar”¹¹.

Con todo, de nuevo este tratado no preveía sanción de ningún tipo para el caso de que alguna parte no lo cumpliera, si bien es cierto que el Preámbulo – parte no vinculante del Tratado – afirmaba “que toda potencia signataria que en adelante buscase promover sus intereses nacionales recurriendo a la guerra deberá ser privada del beneficio del presente tratado”, lo cual venía a significar que el resto de partes signatarias podría recurrir a la guerra contra el Estado infractor¹².

Además, el tratado obligaba sólo a los Estados, no a las personas. Es decir, no se establecía responsabilidad penal individual por haber infringido la obligación de resolver los conflictos pacíficamente.

El derecho de autodefensa seguía existiendo, como manifestaron las partes en la declaración emitida al firmar el tratado, aunque no se había previsto dentro de él y éste no definía las medidas lícitas de autodefensa, razón por la cual era lógico pensar que los Estados tenderían a expandir el ámbito de la autodefensa hasta cubrir nuevas contiendas. Sin ir más lejos, Estados Unidos defendió la aplicación de la denominada *doctrina Monroe*, que le permitía hacer uso del derecho a la autodefensa no sólo cuando su territorio fuera atacado, sino cuando cualquier territorio americano fuera atacado por europeos. Gran Bretaña, por su parte, también quería aplicar esa doctrina respecto de ciertas zonas de interés británico más allá del propio imperio.

En definitiva, puede afirmarse que la prohibición de recurrir a la guerra en el mencionado documento era ciertamente muy limitada ya que casi cualquier guerra podría ser justificada bajo la apariencia de autodefensa¹³. No sorprende, por esto, el fracaso del pacto, que no sirvió para impedir contiendas posteriores, incluida la IIGM.

5. El Pacto Saavedra Lamas

Menos conocido que el Pacto Briand-Kellog es el llamado Pacto Saavedra Lamas (Tratado antibélico de no agresión y conciliación, Río de Janeiro, 10 de octubre de

¹¹ SELLARS, Delegitimizing, JICJ, vol. 10, n.º 1, Marzo 2012, p. 27.

¹² Loc cit., p. 28.

¹³ FERENCZ; Defining International Aggression. The Search for World Peace. A Documentary History and Analysis, vol. I, Oceana Publications, Nueva York, 1975, p. 25; HERNÁNDEZ CAMPOS; Definición del crimen de agresión: evolución del concepto de crimen contra la paz hasta el tribunal internacional de Núremberg, Revista de Derecho y Ciencia Política, UNMSM, vol. 66 (n.º 1- n.º 2), Lima, 2009, p. 124; WERLE; Tratado, 2011, pp. 740-741.

1933), suscrito entre varios países latinoamericanos¹⁴ aunque abierto a la firma de cualquier Estado, a pesar de que, a diferencia del Pacto de París, sí empleaba la expresión “guerras de agresión”.

En virtud de su art. 1, las altas partes contratantes “declaran solemnemente que condenan las guerras de agresión en sus relaciones mutuas o con otros Estados, y que el arreglo de los conflictos o divergencias de cualquier clase que se susciten entre ellas, no deberá realizarse sino por los medios pacíficos que consagra el Derecho Internacional”. Y conforme a su art. 2, las partes se reafirman en esa posición, señalando que “las cuestiones territoriales no deben resolverse por la violencia, y que no reconocerán arreglo territorial alguno que no sea obtenido por medios pacíficos, ni la validez de la ocupación o adquisición de territorios que sea lograda por la fuerza de las armas”. En caso de incumplimiento, por cualquier Estado, de las obligaciones contenidas en los dos artículos precedentes, las partes contratantes “se comprometen a emplear todos sus esfuerzos para el mantenimiento de la paz. A ese efecto, adoptarán en su calidad de neutrales una actitud común y solidaria; pondrán en ejercicio los medios políticos, jurídicos o económicos autorizados por el Derecho Internacional; harán gravitar la influencia de la opinión pública, pero no recurrirán en ningún caso a la intervención, sea diplomática o armada; salvo la actitud que pudiera corresponderles en virtud de otros Tratados colectivos de que esos Estados sean signatarios” (art. 3).

A pesar de emplear los términos “guerra de agresión”, ninguna disposición del texto especifica qué habrá de entenderse por tal. Además, como los textos anteriores, no recogía sanciones para las partes incumplidoras ni preveía responsabilidad penal individual por la guerra de agresión.

6. La Conferencia de Desarme

Ya durante las negociaciones del Pacto de París se puso de manifiesto que un acuerdo en torno a la definición de agresión sería difícil de lograr e incluso contraproducente para la adopción del Pacto, de ahí que todos los intentos se abandonaran y se dejara la posibilidad a cada Estado de determinar cuándo se estaba en una situación de autodefensa. Sin embargo, esta posición no convencía a la entonces URSS pues temía sendas guerra por el este con Japón y por el oeste con los regímenes fascistas. Por eso, su representante en la Conferencia de Desarme organizada bajo los

¹⁴ El Pacto Saavedra Lama fue suscrito inicialmente entre Argentina (a cuyo ministro de asuntos exteriores debe el nombre), Brasil, Chile, México, Paraguay y Uruguay.

auspicios de la Sociedad de Naciones en febrero de 1933, Litvinoff, señaló que para ver en acción el Pacto Briand-Kellog sería necesario distinguir entre agresión y defensa¹⁵, por lo que presentó para consideración de los presentes en la conferencia una definición exhaustiva de agresión que se reproduce a continuación.

1. Se considerará agresor en un conflicto internacional a aquél que sea el primero en realizar cualquiera de las siguientes acciones:
 - I. Declaración de guerra contra otro Estado;
 - II. La invasión por sus fuerzas armadas del territorio de otro Estado sin declaración de guerra;
 - III. Bombardear el territorio de otro Estado por sus fuerzas terrestres, marítimas o aéreas, o atacar intencionadamente las fuerzas marítimas o aéreas de otro Estado;
 - IV. El desembarco o introducción dentro de las fronteras de otro Estado, de fuerzas terrestres, marítimas o aéreas sin el permiso del gobierno de dicho estado, o el quebrantamiento de las condiciones de dicho permiso, particularmente en lo referente a la permanencia o extensión del área;
 - V. El establecimiento de bloqueo naval de las costas o puertos de otro estado.
2. Ninguna consideración de cualquier naturaleza política, estratégica o económica, incluyendo el deseo de explotar riquezas naturales u obtener cualquier tipo de ventajas o privilegios sobre el territorio de otro Estado, la referencia a inversiones considerables de capital o a otro interés especial en un Estado dado, o la presunta ausencia de ciertos atributos de organización del Estado en el caso de un país dado, será aceptada como justificación de la agresión según se define en la cláusula 1.

En particular, una justificación para un ataque no puede basarse en:

 - A. La situación internacional de un Estado dado, como por ejemplo:
 - a. El atraso político, económico o cultural de un país dado;
 - b. Una presunta mala administración;
 - c. El posible peligro para la vida o la propiedad de residentes extranjeros;
 - d. Movimientos revolucionarios o contrarrevolucionarios, guerra civil, desórdenes o huelgas;
 - e. El establecimiento o mantenimiento de cualquier orden político, económico o social en cualquier otro Estado.
 - B. Cualquier acto, derecho o regulación de un Estado dado, como por ejemplo:
 - a. La violación de acuerdos internacionales;
 - b. La violación de derechos comerciales, concesionales u otros derechos o intereses económicos de un Estado dado o de sus ciudadanos;
 - c. La ruptura de relaciones diplomáticas o económicas;
 - d. El boicot económico o financiero;
 - e. El rechazo de deudas;
 - f. La no admisión o limitación de la inmigración, o la restricción de los derechos o privilegios de los residentes extranjeros;
 - g. La violación de privilegios de representantes oficiales de otros Estados;
 - h. La negativa a permitir el tránsito de fuerzas armadas hacia el territorio de un tercer Estado;

¹⁵ FERENCZ, Defining International Aggression, 1975, p. 30.

- i. Medidas religiosas o anti-religiosas;
 - j. Incidentes fronterizos.
3. En el caso de la movilización o concentración de las fuerzas armadas de considerable extensión en las proximidades de sus fronteras, el Estado así amenazado puede recurrir a la vía diplomática o a otro tipo de medidas para la solución pacífica de controversias internacionales. Al mismo tiempo, puede dar los pasos necesarios para adoptar medidas de naturaleza militar análogas a los descritos anteriormente, sin embargo, sin atravesar la frontera¹⁶.

La propuesta soviética encontró el apoyo de algunos Estados (China, Francia, Noruega, Checoslovaquia y Polonia). Sin embargo, también encontró la férrea oposición de Gran Bretaña, Italia y Estados Unidos, quienes seguían insistiendo en la dificultad para definir “agresor”, a la vez que insistían en el riesgo que existía de que un Estado víctima que actuara en legítima defensa pudiera ser tildado de agresor¹⁷. Es por ello que aunque el Comité de Seguridad presentó un borrador inspirado en la propuesta británica¹⁸, éste no fue finalmente aprobado.

No obstante, meses después, la Unión Soviética firmaría con Afganistán, Estonia, Persia, Letonia, Polonia, Rumania y Turquía una Convención para la Definición de Agresión, cuyo art. 2 disponía que debería ser considerado agresor en un conflicto internacional el Estado que primero realizara alguna de las siguientes acciones:

1. Declaración de guerra contra otro Estado;
2. Invasión por sus fuerzas armadas, con o sin declaración de guerra, del territorio de otro Estado;
3. Ataque por sus fuerzas terrestres, marítimas o aéreas, con o sin declaración de guerra, en el territorio, buque o aeronave de otro Estado;
4. Bloqueo naval de costas de las costas o puertos del otro Estado;
5. Suministrar apoyo a bandas armadas formadas en su territorio que hayan invadido el territorio de otro Estado, o negarse, a pesar de haber sido requerido por el Estado invadido, a tomar en su propio territorio todas las medidas en su poder para privar a esas bandas de toda asistencia o protección¹⁹.

Pese a que la propuesta de la Unión Soviética en la Conferencia de Desarme no fue finalmente aprobada, no debe dejarse de destacar aquí su importancia en el arduo camino hacia la búsqueda de una definición de agresión. Hasta ese momento, la agresión era, más que un concepto jurídico, un concepto político, de ahí los problemas para poner negro sobre blanco una definición jurídica. Sin embargo, la propuesta soviética así lo hizo. No en vano, la propuesta enumeraba una serie de actos que serían

¹⁶ El texto del documento en inglés se puede consultar en FERENCZ, Defining International Aggression, 1975, pp. 198ss.

¹⁷ SOLERA, Defining, 2007, p. 36.

¹⁸ Aunque con algunas modificaciones, esencialmente, vinculando la determinación de la agresión a las obligaciones derivadas de los tratados existentes, a la vez que se añadió como acto de agresión el hecho de apoyar a bandas armadas dentro del territorio de otro Estado. SOLERA, Defining, 2007, p. 37.

¹⁹ El texto del documento en inglés se puede consultar en FERENCZ, Defining International Aggression, 1975, pp. 255ss.

considerados agresión, distinguía los actos de agresión de los actos en legítima defensa y hacía referencia al primer uso de la fuerza armada, cuestiones que con posterioridad tendrían una notable influencia en otros documentos sobre la materia. Así, una propuesta similar realizaría Robert Jackson en la Conferencia de Londres de 1945 en la que se adoptó el Estatuto del Tribunal Militar Internacional que habría de juzgar a los responsables de la IIGM. De igual manera, la enumeración de actos de agresión de aquella propuesta de 1933 contiene similitudes con la que se aprobaría cuarenta años más tarde en el seno de la Organización de Naciones Unidas a través de la Resolución 3314 (XXIX).

En definitiva, las dos décadas que siguieron al final de la IGM marcan el comienzo en el largo camino hacia la búsqueda de una definición de agresión y hacia la prohibición de las guerras de agresión. El éxito de los diferentes documentos adoptados fue escaso, siendo que ninguno de los diversos tratados regionales e internacionales consiguieron evitar sucesivas invasiones como la llevada a cabo por Japón sobre Manchuria en 1928, la de Italia sobre Abisinia en 1934, la de la Unión Soviética sobre Finlandia en 1939 o la de Alemania sobre Austria, Checoslovaquia y Polonia entre 1938 y 1939, con el consiguiente inicio de la IIGM. Sin embargo, ese período de entreguerras trajo consigo toda una serie de nuevos conceptos en esta materia que posteriormente serían desarrollados y perfilados en el seno de la Organización de Naciones Unidas y que finalmente, llevarían a la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y a la definición adoptada en la Primera Conferencia de Revisión de dicho Estatuto.

III. EL FINAL DE LA IIGM Y EL ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, el Acuerdo de Londres²⁰ que estableció el Tribunal Militar Internacional (en adelante, Estatuto del TMI) incluyó en su articulado los “crímenes contra la paz”, predecesores del actual crimen de agresión. El art. 6 (a) de referido instrumento definía los crímenes contra la paz de la siguiente manera:

(a) Crímenes contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o librar una guerra de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o en una conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.

²⁰ Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, hecho en Londres el 8 de agosto de 1945.

De esta manera, la responsabilidad penal individual por la conducción de una guerra de agresión fue regulada por primera vez en un tratado internacional.

El art. 5.a del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente²¹ recogía una definición similar de “crímenes contra la paz”, sólo divergente en que este último especificaba que la guerra podía ser declarada o no (para cubrir el ataque japonés a Pearl Harbor), anotando expresamente lo que implícitamente se deducía del Estatuto del TMI²². Además, añadía a los “tratados, acuerdos o garantías internacionales” el “derecho internacional”. El precepto quedó redactado de la siguiente manera:

(a) Crímenes contra la paz. A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión declarada o no declarada, o una guerra en violación del derecho internacional o de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.

El art. II (a) Ley n.º 10 del Consejo de Control²³ por la que se rigieron los subsiguientes procesos contra los criminales de guerra sí introdujo alguna modificación significativa con respecto a los dos instrumentos anteriores. Así, la nueva definición hacía referencia a las invasiones y además puntualizaba que la lista de actos que podían ser constitutivos de crímenes contra la paz no era cerrada:

a) Crímenes contra la paz: La iniciación de invasiones de otros países y guerras de agresión en violación de leyes y tratados internacionales, comprendiendo, sin que la enumeración tenga carácter limitativo, la planificación, la preparación, la iniciación o la realización de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o la participación en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados.

De acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto del TMI, el 20 de noviembre de 1945 comenzó en Núremberg el juicio contra los principales criminales de guerra, finalizando el 31 de agosto del año siguiente. La sentencia del Tribunal Militar Internacional de 30 de septiembre y 1 de octubre de 1946²⁴, que puso fin al proceso contra los principales criminales de guerra, imputaba a los 22 acusados dos cargos en relación con los crímenes contra la paz.

– Primer cargo: *el plan común o conspiración para cometer crímenes contra la paz.*

El primer cargo comenzaba con una exposición general referente al ascenso al

²¹ International Military Tribunal for the Far East Charter, hecho en Tokyo el 19 de enero de 1946.

²² MCDUGALL, en: BLUMENTHAL/MCCORMACK (eds.), *Legacy of Nuremberg*, 2008, p. 140.

²³ Control Council Law N.º 10. Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, aprobada el 20 de diciembre de 1945. Publicada en el *Official Gazette of the Control Council for Germany*, 3, Berlín, 31 de enero de 1946, 50-55.

²⁴ *Judgement of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Crimes* (en adelante, *sentencia de Núremberg*). Se cita por número de página en la reproducción llevada a cabo por Her Majesty's Stationery Office, London, 1962).

poder del Partido Nazi y a su papel central en el plan común o conspiración. Se señalaban, además, las técnicas y métodos empleados para llevar a cabo dicho plan común o conspiración, y se incluía también una exposición de la utilización por parte de los imputados del control que el Partido Nazi ejercía sobre el gobierno de Alemania para la agresión externa. El rearme secreto, la retirada de Alemania de la Conferencia Internacional de Desarme y de la Sociedad de Naciones, la imposición del servicio militar universal o la ocupación de Renania en violación del Tratado de Versalles eran algunos de los actos que se consideraban que prepararon el camino para posteriores medidas más agresivas. Además, en el primer cargo se describían los actos agresivos cometidos contra doce países entre 1936 y 1941, tales como la planificación y ejecución de la invasión a Austria y Checoslovaquia (1936-1939) o la preparación a iniciación de la guerra de agresión contra Polonia (1939)²⁵.

- Segundo cargo: *planificar, preparar, iniciar y hacer una guerra como crímenes contra la paz*. En este cargo se afirmaba que los acusados habían participado en la planificación, preparación, iniciación y realización de guerras de agresión contra doce países, que también eran guerras en violación de tratados, acuerdos y garantías internacionales. El tribunal otorgó especial importancia a documentos mencionados en este trabajo como las Convenciones de la Haya, el Tratado de Versalles, los Tratados de Locarno y el Pacto Briand-Kellog²⁶.

Ocho de los acusados²⁷ fueron condenados por referidos dos cargos, y cuatro²⁸ fueron absueltos del primero y condenados por el segundo. Sin embargo, pese a las condenas, ni el art. 6 (a) del Estatuto definía “guerra de agresión”, ni el propio Tribunal llegó a definir ese término²⁹, a pesar de haber afirmado que “iniciar una guerra de agresión (...) no es sólo un crimen internacional; es el crimen internacional supremo que

²⁵ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión: Examen histórico de la evolución en materia de agresión. Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1, pp. 19-20. *Vid.* sentencia de Núremberg de 30 de septiembre y 1 de octubre, pp. 42-44.

²⁶ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión: Examen histórico de la evolución en materia de agresión. Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1, pp. 20-21. *Vid.* sentencia de Núremberg de 30 de septiembre y 1 de octubre, pp.13-38.

²⁷ Hermann Wilhelm Göring, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Wilhelm Keitel, Alfred Rosenberg, Erich Raeder, Alfred Jodl y Konstantin von Neurath.

²⁸ Wilhelm Frick, Walther Funk, Karl Dönitz y Arthur Seyss-Inquart.

²⁹ SOLERA, Defining, 2007, p. 252.

sólo difiere de otros crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos”³⁰.

En los procesos celebrados ante el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, 24 personas fueron condenadas por agresión. Como en los procesos de Núremberg, el tribunal basó sus condenas, principalmente, en el Pacto de París y en su prohibición de hacer la guerra. Sin embargo, los votos particulares del magistrado holandés y del magistrado indio objetaron, no sin razón, que la agresión no había sido definida todavía en el Derecho internacional como un crimen que implicara responsabilidad penal individual³¹.

Tampoco se definió “guerra de agresión” en los procesos de Núremberg que siguieron al juicio contra los principales criminales de guerra, pese a que en alguno de ellos sí existieron acusaciones por los mencionados crímenes contra la paz³². No obstante, hubo algún intento. Así, dentro de caso Alto Mando (*High Command Case*), en uno de sus pronunciamientos, el Tribunal mantuvo que “el cambio o intento de cambiar las relaciones internacionales mediante la fuerza de las armas es un acto de agresión, y si la agresión desemboca en guerra, la guerra es una guerra de agresión”³³; una definición, sin embargo, excesivamente vaga.

En definitiva, tampoco acabada la IIGM se pudo determinar qué debía entenderse por guerra de agresión. No obstante, el legado de Núremberg no puede obviarse pues pese a no ofrecer una definición, lo que quedó claro es que el viejo *ius ad bellum* había pasado a la historia, y que desde ese momento en adelante, planear, preparar, iniciar o librar una guerra de agresión, debía ser castigado como un crimen internacional.

³⁰ Sentencia de Núremberg de 30 de septiembre y 1 de octubre, p. 13.

³¹ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, The Working Group on Aggression at the Preparatory Commission for the International Criminal Court, *Fordham International Law Journal*, 25, 2001-2002, pp. 592-593.

³² En concreto, en cuatro de los procesos que se siguieron en Núremberg tras el juicio a los principales responsables de la guerra. A saber, en el llamado caso I.G. Farben (*I.G. Farben case* – Estados Unidos de América contra Carl Krauch et al), en el que los 23 acusados por crímenes contra la paz fueron absueltos. También en el caso Krupp (*Krupp case* – Estados Unidos de América contra Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach et al), en el que cual el tribunal admitió el sobreseimiento respecto de los 12 acusados. Igualmente, en el caso Alto Mando (*High Command Case* – Estado Unidos de América contra Wilhelm von Leeb et al.), los 14 oficiales que habían ocupado cargos de alto nivel en las fuerzas armadas fueron absueltos. En el caso Ministerios (*Ministries Case* – Estados Unidos de América contra Ernst von Weizsäcker et al.), 14 acusados fueron juzgados por imputaciones relacionadas con crímenes contra la paz. Tres fueron condenados y once absueltos. Cfr. Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión: Examen histórico de la evolución en materia de agresión. Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1, pp. 70-128.

³³ *Estados Unidos de América contra Wilhelm von Leeb y otros*. Un extracto se puede consultar en Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional. Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión: Examen histórico de la evolución en materia de agresión. Documento PCNICC/2002/WGCA/L.1, p. 80.

IV. DEFINIENDO “AGRESIÓN” EN EL SENO DE LA ONU

1. La Carta de las Naciones Unidas

El deseo de mantener la paz mundial tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial se plasmó en las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas³⁴ relativas a la prohibición del uso de la fuerza, y también en su preámbulo, que comienza del siguiente modo:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas: resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles (...).

Con todo, la expresión “acto de agresión”, empleada en los arts. 1.1 y 39³⁵, no se define, y tampoco se explica si difiere o no de otras expresiones similares empleadas en el documento como “fuerza armada” (preámbulo y arts. 14 y 46), “amenaza o uso de la fuerza” (art. 2.4), “amenaza a la paz” (arts. 1.1 y 39) y “quebrantamiento de la paz” (arts. 1.1 y 39).

Sí hubo intentos por definir agresión en las negociaciones llevadas a cabo en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional que tuvo lugar en San Francisco en abril de 1945³⁶, si bien, ninguna de las propuestas fue adoptada. Como en tantas otras cuestiones, de un lado se situaban las potencias que pasarían a ser miembros permanentes del Consejo de Seguridad con derecho a veto, quienes consideraban que una definición de agresión no era necesaria porque el Consejo debía tener un amplio margen de maniobra para determinar la existencia de una agresión; y de otro se situaban aquellas naciones que veían arriesgado dejar al Consejo de Seguridad tomar esa decisión sin ninguna base legal en la que apoyarse pues, además, éste podría vetar cualquier decisión al respecto sin tener que dar una fundamentación legal. Alegaban estos Estados que puesto que la prohibición del uso de la fuerza era una norma incipiente, necesitaba ser aclarada para adaptar sus conductas a los nuevos estándares, pero no se llegó a un acuerdo³⁷.

Así las cosas, y para evitar que las discusiones sobre la agresión condujeran a la no adopción de la Carta, el término agresión no fue definido aunque se mantuvo en su

³⁴ Abierta a la firma en San Francisco (EEUU) el 26 de junio de 1945. En vigor desde el 24 de octubre de 1945.

³⁵ Los términos “política de agresión” y “agresiones” se emplean en el art. 53.1.

³⁶ Así, Bolivia y Filipinas presentaron propuestas con concretas definiciones. Se pueden consultar en FERENCZ, *Defining International Aggression*, 1975, pp. 313

³⁷ *Vid.* Ampliamente las discusiones en San Francisco a las diversas propuestas en SOLERA, *Defining*, 2007, pp. 49ss.

articulado³⁸.

2. La formulación de los principios de Núremberg

Sólo dos meses después de que el Tribunal de Núremberg dictara su sentencia contra los principales criminales de guerra, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmaba en su Resolución 95 (I)³⁹ los principios de Derecho internacional reconocidos por la Carta de Londres y por la propia sentencia de Núremberg. La misma resolución indicaba al Comité sobre la Codificación del Derecho internacional establecido por la Resolución 94 (I)⁴⁰ tratar como asunto de importancia primordial los planes para la formulación, en el contexto de una codificación general de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un código penal internacional, de los principios reconocidos por la Carta de Londres y la sentencia de Núremberg.

Un año después, la Asamblea General aprobó la Resolución 177 (II)⁴¹ a través de la cual encomendaba a la recién creada Comisión de Derecho Internacional⁴² la formulación de los principios de Derecho internacional reconocidos por la Carta de Londres y la sentencia de Núremberg, y la preparación de un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. En su primer período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) debatió si debía determinar en qué medida los principios de Núremberg constituían principios de derecho internacional, llegando a la conclusión de que al haber sido ya confirmados por la Asamblea General en la Resolución 95 (I), la CDI no debía expresar su reconocimiento como principios de derecho internacional sino únicamente formularlos⁴³. A finales de 1950, la Asamblea General de la ONU recibía el texto resultante:

- Principio I. Toda persona que cometa un acto que constituye un crimen conforme al derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción.
- Principio II. El hecho de que el derecho interno no castigue un acto que constituya un crimen internacional no exime al autor de tal crimen de responsabilidad conforme al derecho internacional.

³⁸ MCDUGALL, en: BLUMENTHAL/MCCORMACK (eds.), *Legacy of Nuremberg*, 2008, p. 150.

³⁹ Resolución 95 (I) *Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, de 11 de diciembre de 1946.

⁴⁰ Resolución 94 (I). *Progressive Development of International Law and its Codification*, de 11 de diciembre de 1946.

⁴¹ Resolución 177 (II). *Formulation of the principles recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal*, de 21 de noviembre de 1947.

⁴² Establecida con arreglo a la Resolución 174 (II). *Establishment of an International Law Commission*, de 21 de noviembre de 1947.

⁴³ CASSESE, *Afirmación de los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, pp. 1-2.

- Principio III. El hecho de que una persona que haya cometido un crimen internacional fuera jefe del Estado u oficial del gobierno no le exime de su responsabilidad conforme al derecho internacional.
- Principio IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional si ha tenido la posibilidad moral de opción.
- Principio V. Toda persona acusada de un crimen conforme al derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.
- Principio VI: “Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional:
 - a. Delitos contra la paz:
 - i) Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales;
 - ii) Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i).
 - b. Delitos de guerra: Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.
 - c. Delitos contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.
- Principio VII: La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional⁴⁴.

La Asamblea General nunca llegó a aprobar formalmente los principios de Núremberg en la forma en que habían sido formulados, sino que se limitó a reenviarlos a los Estados miembros para que realizaran las observaciones que consideraran (Resolución 488 (V))⁴⁵. En consecuencia, los principios de Núremberg no se siguieron afinando⁴⁶.

La Asamblea General tampoco aprobaría los proyectos que en los años subsiguientes (1951, 1954, 1957) presentaría la CDI relativos a la redacción de un código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, tal y como había sido encargada por la Resolución 177 (II).

⁴⁴ Doc. A/CN.4/34, Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 July 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No.12 (A/1316), pp. 374 y ss.

⁴⁵ Resolución 488 (V) Formulación de los principios de Núremberg, de 12 de diciembre de 1950.

⁴⁶ CASSESE, Afirmación, 2009, p.2.

La década de los sesenta estuvo marcada por importantes conflictos políticos y bélicos internacionales (entre otros, la crisis de los misiles en Cuba, la ocupación soviética de Checoslovaquia, la crisis del Congo, la guerra de Vietnam). Por ello, en 1967 la Asamblea General de Naciones Unidas, considerando que existía “una amplia convicción de que una definición de agresión tendría una importancia considerable para el mantenimiento de la paz y para la adopción de medidas efectivas conforme a la Carta para prevenir los actos de agresión”, aprobó por consenso la Resolución 2330 (XXII)⁴⁷, creando un nuevo Comité Especial sobre la Cuestión de la Definición de Agresión. Siete años después, la Asamblea General aprobó la Resolución 3314 (XXIX)⁴⁸, en cuyo anexo figura la ansiada definición de agresión.

3. La Resolución 3314 (XXIX) sobre la definición de agresión

El consenso en torno a una definición de agresión llegó tras décadas de trabajos en el seno de las Naciones Unidas y se plasmó en el anexo a la Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, cuyo art. 1 reza:

La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición.

Este primer precepto está notablemente influido por el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁹, referente a la prohibición del uso de la fuerza, si bien se aprecian algunas modificaciones significativas. Así, nótese que el art. 1 del anexo a la Resolución 3314 omite la referencia a la “amenaza” del uso de la fuerza (que incluso algunos de los tribunales de Núremberg consideraron acto de agresión), mientras que, sin embargo, como objeto de protección añade a la expresión “la integridad territorial o la independencia política de otro Estado” – que es la que aparece en el art. 2.4 de la Carta – la “soberanía”, queriendo significar así que ésta debe ser protegida de manera absoluta⁵⁰. Además, el art. 2.4 se refiere a los “propósitos” de las Naciones Unidas⁵¹, mientras que el art. 1 del anexo a la Resolución 3314 se refiere, de manera más amplia,

⁴⁷ A/RES/2330 (XXII), Need to expedite the drafting of a definition of aggression in the light of the present international situation, de 18 de diciembre de 1967.

⁴⁸ Resolución 3314 (XXIX) Definición de Agresión, de 14 de diciembre de 1974.

⁴⁹ Art. 2.4 Carta de las Naciones Unidas: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

⁵⁰ Ya el preámbulo del anexo de la Resolución afirma que “el territorio de un Estado es inviolable y no podrá ser objeto, ni siquiera transitoriamente, de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado en contravención de la Carta, y que no podrá ser objeto de adquisición por otro Estado como resultado de tales medidas o de la amenaza de recurrir a ellas”.

⁵¹ Los propósitos de la ONU se recogen en el art. 1.

a la “Carta”, lo cual incluye no sólo los propósitos sino también los procedimientos para la resolución pacífica de controversias del Capítulo VI⁵².

El art. 1 de la Resolución 3314 finaliza con una nota explicativa en torno al término “Estado”, conforme a la cual, este término “se utiliza sin perjuicio de las cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no miembro de las Naciones Unidas”. Además, “incluye el concepto de “un grupo de Estados” cuando proceda”.

El art. 2 del anexo a la Resolución alberga una presunción *iuris tantum* relativa al primer uso de la fuerza armada, según la cual,

[e]l primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

Esta expresión recuerda a la fórmula utilizada por primera vez en el Tratado de Locarno de 1925, posteriormente asumida por el proyecto presentado por la URSS a la Conferencia de Desarme del año 1933. De hecho, fue el representante de la delegación soviética en las negociaciones previas a la adopción de la Resolución quien consideró que el primer Estado en cometer una acción contraria a Derecho debería ser considerado agresor *automáticamente*. Sin embargo, se encontró con la oposición de aquellos con argüían que en ocasiones no era posible determinar quién había sido el primer Estado en usar la fuerza armada, que un primer uso de la fuerza armada podría haber sido provocado como pretexto para represalias masivas, y que no sería razonable en la era atómica requerir a un Estado que esperara a ser destruido antes de tomar medidas defensivas⁵³.

El acuerdo entre las diferentes delegaciones sólo fue posible una vez que se incluyó la expresión “en contravención con la Carta” y una vez que se otorgó poder al Consejo de Seguridad para valorar la existencia o no de agresión atendiendo a “otras circunstancias pertinentes”, como por ejemplo, la finalidad del acto, como deseaba la delegación americana⁵⁴. Este inciso se fundamenta en el papel que el art. 39 de la Carta otorga al Consejo de Seguridad, como *único* organismo competente para determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión

El art. 3 del anexo a la Resolución 3314 enumera las actuaciones que serán consideradas actos de agresión con sujeción a las disposiciones del art. 2

⁵² FERENCZ, Defining International Aggression, 1975, p. 29.

⁵³ Loc. cit. p. 31.

⁵⁴ Loc. cit.

“independientemente de que haya o no declaración de guerra”⁵⁵. De acuerdo con referido precepto, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su participación sustancial en dichos actos.

Con todo, no se trata de una lista exhaustiva, como indica el art. 4, pudiendo el Consejo de Seguridad “determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta”.

El listado está encabezado por los actos tradicionalmente caracterizados como agresión – la “invasión” y el “ataque” –, conceptos respecto de los cuales apenas había controversia entre las delegaciones de los diferentes países. A ellos se añadieron dos términos – “ocupación militar” y “anexión” –, consecuencia, el primero, de la invasión, y el segundo, de la propia ocupación. Tampoco hubo mayor discusión respecto del apartado b), el “bombardeo”. El “bloqueo de puertos y costas” también se había entendido tradicionalmente como un acto de agresión, sin embargo, no fue fácil llegar a un acuerdo durante las negociaciones en relación con el inciso c) pues los treinta Estados sin litoral de las Naciones Unidas, ninguno de los cuales había tenido representación en el comité especial, consideraban una infracción de la igualdad soberana de los Estados no equiparar el “bloqueo” a la “negativa de acceso al mar y desde él”, como así se reconoció finalmente en una nota en el informe de la Sexta Comisión a la Asamblea General⁵⁶. De igual manera, también hubo que incluir una nota respecto del inciso d) pues algunas delegaciones mostraron su preocupación por el hecho de que la referencia a las agresiones contra flotas marítimas pudiera incluir como

⁵⁵ Recuérdese que no se había previsto expresamente en el Estatuto del TMI, pero sí en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

⁵⁶ FERENCZ, Defining International Aggression, 1975, p. 33-35.

actos de agresión los que realizara el Estado ribereño para preservar poblaciones de peces o el medio ambiente. La nota que se añadió disponía que nada de lo dispuesto en la definición debía entenderse en perjuicio de la autoridad de un Estado para ejercer sus derechos, en forma compatible con la Carta, dentro de su jurisdicción nacional⁵⁷. También la redacción del último inciso, relativa a la llamada “agresión indirecta” estuvo precedida de problemas, pero era una cuestión que no podía quedar fuera de la definición pues se trataba de la forma de agresión más utilizada en el momento⁵⁸. El consenso se alcanzó limitando lo dispuesto en anteriores propuestas al envío (*sending*) de grupos organizados y a la participación sustancial (*substantial involvement*), sin incluir el mero apoyo o la ayuda organizativa a grupos armados⁵⁹.

El logro de un acuerdo general pasaba por la adopción de causas de exculpación, como las que se establecen en el art. 7 referentes a la libre determinación. Así, nada de lo establecido en la definición “podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁶⁰, en particular los pueblos que están bajo los regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera; ni el derecho de esos pueblos a luchar con tal fin y pedir y recibir apoyo, de acuerdo con los principios de la Carta y en conformidad con la Declaración antes mencionada”.

La Resolución 3314 marca un antes y un después en la búsqueda de una definición consensuada de agresión. Su importancia es tal que poco ha variado esa definición desde entonces hasta hoy, y su influencia es notoria en la Resolución RC/Res.6 adoptada en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues incluso hace referencia expresa a esta Resolución. Sin embargo, no hay que olvidar que la Resolución 3314 no tenía efectos vinculantes, se

⁵⁷ WILMSHURST, Definición de la agresión, en United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, p. 3.

⁵⁸ FERENCZ, Defining International Aggression, 1975, p. 39

⁵⁹ SOLERA, Defining, 2007, p. 191.

⁶⁰ Resolución 2625 (XXV) Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970.

trataba de una simple guía que el Consejo de Seguridad podía incluso ignorar⁶¹ y no hacía referencia a la responsabilidad del individuo, sino únicamente a la responsabilidad del Estado. Con todo, cierto es que desde ese momento en adelante, los actos de agresión corrían un riesgo más alto de condena. Además, la adopción de esta definición provocó una reapertura del proyecto sobre la creación de una corte penal internacional⁶².

V. EL PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

En 1957, la Organización de Naciones Unidas abandonó sus trabajos sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad hasta que una definición de agresión fuera adoptada. Adoptada tal definición en 1974, los trabajos para preparar dicho proyecto de código se retomaron. En 1977, la CDI pidió a la Asamblea General reanudar las discusiones en torno a dicho proyecto de código, invitando a los Estados miembros y organizaciones internacionales intergubernamentales a enviar comentarios y observaciones al proyecto de código⁶³. Posteriormente, la Resolución 36/106 de 10 de diciembre de 1981⁶⁴, “recordando la convicción de que la elaboración de un código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad podría contribuir a fortalecer la paz y la seguridad internacionales y, por consiguiente, a promover y llevar a la práctica los propósitos y principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas”, invitó a la CDI a reanudar su labor con respecto a dicho código y a examinarlo con la prioridad requerida “teniendo debidamente en cuenta los resultados logrados por el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional”.

Finalmente, tras años de trabajos, el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad vio la luz en 1996. Su art. 16 alberga el “crimen de agresión”, ya con esta denominación. Sin embargo, sorprende que la CDI no tuviera en cuenta a la hora de redactar este precepto los “resultados logrados por el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional”, tal y como se lo solicitaba la citada

⁶¹ El párrafo cuarto del Preámbulo de la Resolución recomienda al Consejo que “*cuando proceda*, tenga en cuenta esta Definición como orientación para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión” (énfasis añadido).

⁶² McDOUGALL, *The crime of aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2013, p. 6.

⁶³ Resolución 33/97 Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 16 de diciembre de 1978.

⁶⁴ Resolución 36/106 Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 10 de diciembre de 1981.

Resolución 36/106. En efecto, la CDI ignoró la definición de agresión contenida en la Resolución 3314 y retomó la fórmula empleada cincuenta años antes en el Estatuto del TMI. El art. 16 del Proyecto quedó redactado de la siguiente manera:

El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión.

La principal novedad con respecto al art. 6.a del Estatuto del TMI radica en la inclusión expresa de la llamada “cláusula de liderazgo”, según la cual, sólo pueden ser sujetos activos de este delito “personas que tienen la autoridad o el poder necesario para desempeñar, llegado el caso, un papel determinante en la comisión de una agresión”, como señala el informe de la CDI sobre el proyecto de código⁶⁵. Para referirse a estas personas, el proyecto emplea los términos “dirigente” y “organizador”, que deben entenderse en sentido amplio, abarcando, “además de los miembros del gobierno, las personas que ocupan un alto cargo en el aparato militar, el cuerpo diplomático, los partidos políticos o el mundo de los negocios”⁶⁶.

El artículo 16 de este proyecto de código únicamente se ocupa de la responsabilidad penal individual por el llamado ya crimen de agresión, obviando la definición de “guerra de agresión”. Sobre este aspecto, merecen ser reproducidas las palabras del informe de la CDI: “El artículo se refiere a la agresión ‘cometida por un Estado’. La persona – como dirigente u organizador – participa en esa agresión. Esta participación es lo que el artículo 16 define como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. En otras palabras, en el presente artículo se reafirma la responsabilidad penal de los participantes en un crimen de agresión. La responsabilidad de una persona por dicho crimen está intrínseca e inextricablemente vinculada con la agresión cometida por el Estado. En efecto, la norma de derecho internacional que prohíbe la agresión se aplica al comportamiento de un Estado con otro Estado. Por consiguiente, sólo el Estado puede cometer una agresión infringiendo la norma de derecho internacional que prohíbe ese comportamiento. Ahora bien, el Estado es una entidad abstracta, incapaz de actuar por sí misma. El Estado sólo puede cometer la agresión con la participación activa de las personas que tienen la autoridad o el poder necesarios para planificar, preparar, desencadenar o llevar a cabo la agresión. El Tribunal de Núremberg reconoció expresamente la realidad del papel de los Estados y

⁶⁵ Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II, 2º parte, documento A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part 2), p. 43.

⁶⁶ Loc. cit.

las personas al declarar: ‘Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a las personas que cometen esos crímenes puede hacerse respetar la normativa del derecho internacional’⁶⁷. El informe de la CDI continúa: “La acción del Estado sólo entraña responsabilidad individual por el crimen de agresión si el comportamiento del Estado constituye una violación suficientemente grave de la prohibición enunciada en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto, puede ocurrir que el tribunal competente tenga que examinar dos puntos estrechamente vinculados entre sí, a saber: en primer término, si el comportamiento del Estado constituye una violación del párrafo 4 del artículo 2 de la Carta y, en segundo término, si ese comportamiento constituye una violación suficientemente grave de una obligación internacional para ser considerada como una agresión que entraña la responsabilidad penal de las personas. El estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg son las principales fuentes autorizadas en materia de responsabilidad individual por actos de agresión”.

Este proyecto de código es producto, como ha señalado Solera⁶⁸, del agotamiento sufrido durante cerca de cinco décadas intentando definir y prohibir las guerras de agresión. Tal es así que la CDI optó por retornar a una fórmula empleada cincuenta años atrás, olvidando el avance que había supuesto la Resolución 3314. No obstante, el informe de la CDI al respecto es significativo pues explica diversas cuestiones, como la cláusula de liderazgo, que aparecerán después en la Resolución de Kampala.

VI. EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En 1994, la CDI remitió un proyecto de estatuto para una corte permanente a la Asamblea General de las Naciones Unidas⁶⁹; documento que serviría de base para los trabajos del Comité Preparatorio creado en 1995⁷⁰ sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Tras más de dos años de trabajos, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, reunida en Roma en el verano de 1998, aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI o Estatuto de Roma) el 17 de julio de ese mismo año⁷¹.

⁶⁷ Loc. cit.

⁶⁸ SOLERA, Defining, 2007, p. 333.

⁶⁹ Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II (Part Two).

⁷⁰ A/RES/50/46 Establecimiento de una corte penal internacional, de 18 de diciembre de 1995.

⁷¹ En vigor desde el 1 de julio de 2002.

El art. 5.1 de referido Estatuto enumera los crímenes que son competencia de la Corte por ser los “crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Habiendo sido calificado por el Tribunal de Núremberg como “el crimen internacional supremo”, era lógico que el crimen de agresión se incluyera en dicho precepto. Sin embargo, su inclusión en el Estatuto estuvo precedida de grandes desavenencias, principalmente, con respecto a dos puntos: la definición del crimen y el mecanismo para activar la competencia de la Corte⁷². Así, con respecto al primer punto, entraban en conflicto tres propuestas diferentes. Un grupo de Estados era partidarios de la clásica nomenclatura “guerra de agresión”, reflejando los orígenes de este crimen. Otro grupo de Estados se decantaba por una definición basada en el lenguaje empleado en el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas. Un tercer grupo, el más numeroso, abogaba por una definición basada en la Resolución 3314.

Con respecto al segundo punto, el problema giraba en torno al papel que habría de desempeñar Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a la hora de activar la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión. De un lado se situaban los Estados que consideraban que debía ser un requisito que el Consejo de Seguridad determinara previamente la existencia de un acto de agresión; y de otro, los que entendían que tal exigencia podría vulnerar la independencia de la CPI.

La existencia de estas posiciones tan enfrentadas con relación al crimen de agresión, hicieron pensar, incluso, que el Estatuto de Roma nacería sin mención al crimen internacional supremo. La mayoría de las delegaciones, no obstante, no estaban dispuestas a aceptar un estatuto que no lo incluyera, por lo que el compromiso final fue el que aparece en el párrafo segundo del art. 5: el crimen de agresión se incluyó entre aquéllos que serían competencia de la Corte pero el ejercicio de dicha competencia quedó condicionado y dilatado en el tiempo.

El compromiso del Estatuto de Roma sobre el crimen de agresión fue completado con el párrafo 7 de la Resolución F del Acta Final de la Conferencia⁷³, según el cual, la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, creada por el párrafo 1 de dicha Resolución prepararía “propuestas acerca de una disposición relativa a la agresión, inclusive la definición y los elementos del crimen de agresión y a las condiciones en las

⁷² Vid. McDOUGALL, The crime of aggression, 2013, p. 10.

⁷³ Acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, UN Doc. A/CONF.183/10.

cuales la Corte Penal Internacional ejercerá su competencia sobre ese crimen. La Comisión presentará esas propuestas a la Asamblea de los Estados Partes en una Conferencia de Revisión con miras a llegar a una disposición aceptable acerca del crimen de agresión para su inclusión en el presente Estatuto. Las disposiciones relativas al crimen de agresión entrarán en vigor respecto de los Estados Partes de conformidad con las correspondientes disposiciones del presente Estatuto”.

VII. PREPARANDO LA PRIMERA CONFERENCIA DE REVISIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional comenzó a trabajar en la primavera de 1999. Durante las diez reuniones que mantuvo, los Estados acordaron, entre otras cosas, las reglas de procedimiento y prueba, y los elementos de los crímenes. Sin embargo, no fue posible adoptar una definición de crimen de agresión ni establecer las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte sobre este crimen. Por ello, en su segundo período de sesiones, la Comisión creó un Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión⁷⁴. El grupo comenzó realizando un detallado análisis histórico del crimen para arrojar luz sobre el posterior debate⁷⁵. Asimismo, dentro del grupo fueron circulando una serie de propuestas dirigidas a encontrar un compromiso sobre la definición y sobre las cuestiones relativas a la activación de la competencia.

Como ya sucediera durante las negociaciones en Roma, las delegaciones volvieron a dividirse. En un lado se situaban aquéllas que abogaban por un enfoque genérico, siguiendo la fórmula de Núremberg, y en otro, aquéllas que defendían la inclusión de una lista de actos considerados “actos de agresión”, siguiendo la fórmula de la Resolución 3314⁷⁶. A la vista de las evidentes desavenencias, vio la luz una propuesta que trataba de englobar ambos enfoques, combinando un párrafo introductorio de naturaleza general, seguido de una lista específica de actos que constituirían actos de agresión. Es el denominado *Coordinator’s Discussion Paper* de julio 2002⁷⁷, que todavía habría de pulirse hasta su aprobación definitiva.

⁷⁴ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional: Actuaciones de la Comisión Preparatoria en su segundo período de sesiones (26 de julio a 13 de agosto de 1999), UN Doc. PCNICC/1999/L.4/Rev.1, p. 8.

⁷⁵ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión): Examen histórico de la evolución en materia de agresión, UN Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1.

⁷⁶ FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *The Working Group on Aggression*, Fordham International Law Journal, 25, 2001-2002, pp. 595-596.

⁷⁷ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Grupo de trabajo sobre el crimen de agresión):

Tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma ese mismo mes, la Asamblea de Estados Parte expresó su deseo de continuar y complementar el trabajo sobre el crimen de agresión iniciado en 1999, para lo cual estableció el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión⁷⁸, que se reunió en diversas ocasiones entre septiembre de 2003 y febrero de 2009. Sus propuestas, que no pueden reproducirse aquí por razones de espacio, allanaron el camino para la adopción de una resolución definitiva en Kampala.

VIII. LA PRIMERA CONFERENCIA DE REVISIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Con las propuestas de 2009 presentadas por el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de agresión se llegó a la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI, celebrada en Kampala (Uganda) entre los días 31 de mayo y 11 de junio de 2010. No sin esfuerzo⁷⁹, el 11 de junio de 2010 se adoptó por consenso la Resolución RC/Res.6 referente a las enmiendas sobre el crimen de agresión.

La resolución prevé la incorporación al Estatuto de la Corte Penal Internacional de un art. 8 bis que alberga la definición de crimen de agresión. Dicho artículo reza:

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.
2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:
 - a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
 - b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
 - c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
 - d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

Documento de debate propuesto por el Coordinador PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.2.

⁷⁸ Resolution ICC-ASP/1/Res.1: Continuity of work in respect of the crime of aggression, Asamblea de Estados Parte, 9/9/2002.

⁷⁹ *Vid.*, ampliamente, un relato sobre las negociaciones, en KRESS/HOLTZENDORFF, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, JICJ, 8, 2010, pp. 1179-1217.

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

El precepto está claramente influido por anteriores documentos en la materia. Así, los verbos que describen la conducta típica del crimen de agresión son tomados de la fórmula empleada en Núremberg⁸⁰, a la que se añade la cláusula de liderazgo tal y como aparecía en el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. De la Resolución 3314, a la que se remite el precepto expresamente, se toman los concretos “actos de agresión” que podrán derivar en responsabilidad penal individual por el “crimen de agresión”.

El precepto distingue, y esta es la principal novedad con respecto a documentos anteriores, entre el acto de agresión y el crimen de agresión. El acto de agresión sólo puede ser cometido por Estados, no por sujetos individuales, mientras que el crimen de agresión es cometido por los sujetos individuales que participan en el acto de agresión llevado a cabo por un Estado.

El crimen de agresión aparece como un crimen de líderes o de dirigentes pues el sujeto activo debe ser siempre una persona – o personas⁸¹ – que ostente una posición de mando o de dirección de la acción política o militar de un Estado, lo que supone una gran diferencia con el resto de crímenes competencia de la Corte. Se trata, pues, de un delito especial, lo cual obligaba también a reformar el art. 25.3 del Estatuto de Roma⁸². Con todo, el nuevo art. 8 bis no define claramente el círculo de posibles sujetos activos. Por eso, podría interpretarse en sentido amplio, como así lo hacía el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y abarcar no sólo a jefes de Estado y de gobierno, sino también a “personas que ocupan un alto cargo en el aparato militar, el cuerpo diplomático, los partidos políticos o el mundo de los negocios”⁸³. No

⁸⁰ Siendo la única diferencia, sin importancia significativa, la sustitución del verbo “librar” por el verbo “realizar”.

⁸¹ Como se reconoce en las enmiendas a los elementos de los crímenes, en el anexo II a la Resolución RC/Res.6, nota a pie 1.

⁸² Se incorpora un párrafo 3 bis: “Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”.

⁸³ Yearbook of the International Law Commission, 1996, vol. II, 2ª parte, documento A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part 2), p. 43.

obstante, respecto de estos últimos, a los que ya se acusó tras las IIGM, la cuestión no está exenta de polémica pues el uso de la fuerza armada por un Estado contra otro parece que corresponde a líderes políticos o militares, no a personas del mundo de los negocios. Sin embargo, si la posición de éstos es asimilable a la de los líderes políticos y militares de manera tal que su poder les permita controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado, no hay razón para excluirlos⁸⁴.

La conducta típica del crimen de agresión aparece descrita con los verbos planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión. Las Enmiendas a los Elementos de los Crímenes especifican que para que exista responsabilidad individual por el crimen de agresión, el acto de agresión debe haberse cometido, por lo tanto, la amenaza del uso de la fuerza (que está prohibida por el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas) o el intento de cometer un acto de agresión no darán lugar a responsabilidad individual por el crimen de agresión⁸⁵.

El precepto prevé, además, una limitación relativa a la conducta típica. Así, no cualquier acto de agresión dará lugar al crimen de agresión, sino sólo aquéllos que tengan una determinada intensidad, o como señala el párrafo primero *in fine* del art. 8 bis, aquéllos que “por sus características, gravedad y escala constituya[n] una violación manifiesta de la Carta.” Habrá, por tanto, actos de agresión que supongan una vulneración de la prohibición del uso de la fuerza recogida en la Carta de las Naciones Unidas, y que sin embargo, no deriven en responsabilidad individual por un crimen de agresión. De acuerdo con los entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión⁸⁶, los tres elementos – características, gravedad y escala – deben estar presentes a la vez.

Finalmente, sobre la lista de actos de agresión que se menciona en el párrafo segundo del art. 8 bis, surge la pregunta de si es exhaustiva o no. Sobre este punto, cabe hacer las siguientes consideraciones:

⁸⁴ En este sentido, CLARK, *Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdictions Over it*, EJIL, vol. 20, n.º 4, 2010, p. 1105; SCHALLER, *Der Internationale Strafgerichtshof und das Verbrechen der Aggression*, SWP-Aktuell 45, mayo 2010, p. 3; SALMÓN (coord.), *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 42, quien también incluye a los líderes religiosos.

⁸⁵ KRESS, *Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus*, EJIL, vol. 20, n.º 4, 2010, p. 1135.

⁸⁶ Anexo III de la Resolución RC/Res.6.

1. El art. 8 bis se remite expresamente a la resolución 3314, cuyo art. 4 indica que la lista no es exhaustiva, pudiendo el Consejo de Seguridad “determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta”. Con todo, como ya se ha señalado, esa resolución no es más que una mera recomendación, en la que ni siquiera se hablaba de responsabilidad penal individual.
2. Considerar la lista del art. 8 bis abierta podría ir en contra del principio de taxatividad que deben respetar las leyes penales.
3. No es difícil imaginar en el momento actual y en el futuro cercano el desarrollo de posibles nuevos actos de agresión, por lo que considerar la lista como cerrada contribuiría a la impunidad de los potenciales responsables.
4. El Estatuto de Roma, en su art. 7, al regular los crímenes de lesa humanidad incorpora una cláusula abierta según la cual también serán considerados crímenes de lesa humanidad “[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. Es decir, es posible calificar un acto como crimen de lesa humanidad pese a no caer dentro de la lista del art. 7 si posee “carácter similar” a los actos anteriormente enumerados en el precepto.
5. Teniendo en consideración esta disposición, podría aceptarse para el caso del crimen de agresión, sin que ello supusiera vulnerar el principio de taxatividad, que la lista del párrafo segundo del art. 8 bis no es exhaustiva pero que para considerar otras conductas como actos de agresión, éstas deberían cumplir los requisitos expresados en el íncipit del párrafo mencionado, esto es, que se trate de actos que impliquen “uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”⁸⁷.

IX. CONCLUSIÓN

Con la adopción de la Resolución de Kampala culmina un largo proceso, de casi un siglo, tendente a prohibir las guerras de agresión. A partir de su entrada en vigor,

⁸⁷ De esta opinión, *vid.*, CLARK, EJIL, vol. 20, n.º 4, 2010, p. 1105; KRESS, EJIL, vol. 20, n.º 4, 2010, p. 1137; MCDUGALL, *The crime of aggression*, 2013, pp. 103-105; SALMÓN, (coord.), *El crimen de agresión*, 2011, pp. 46-49; TRAHAN; *The Rome Statute’s Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference*, *International Criminal Law Review*, 11, 2011, pp. 59-60.

planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión bajo las circunstancias anteriormente explicadas será un crimen internacional del que derivará responsabilidad penal individual. Se completa así el proceso de codificación de los crímenes de derecho internacional consuetudinario, y se subsana la laguna que dejó el art. 5.2 del Estatuto de Roma. Con todo, es mucho lo que aún queda por hacer.

En efecto, aún queda mucho tiempo para que las enmiendas adoptadas en Kampala referentes a la definición del crimen de agresión (art. 8 bis) y a las condiciones para activar el ejercicio de la competencia de la Corte (arts. 15 bis y 15 ter del anexo I), que no se han explicado aquí por razones de espacio, entren en vigor, lo cual acontecerá no antes del 1 de enero de 2017 y siempre que se haya adoptado una decisión por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. Además, la Corte no podrá ejercer competencia respecto de Estados parte que hayan declarado previamente que no aceptan esa competencia sobre el crimen de agresión, como tampoco ejercerá competencia sobre el crimen cometido por nacionales o en el territorio de un Estado no parte. Los casos en los que la Corte podrá ejercer su competencia serán, pues, escasos.

Por tanto, una vez que las enmiendas adoptadas en Kampala entren en vigor, la persecución de los responsables de un crimen de agresión no será en absoluto sencilla pues la Corte se encontrará con los mismos obstáculos, si no mayores, que hasta ahora se ha encontrado en su persecución de los responsables de los crímenes más graves para la comunidad internacional (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra), entre ellos, la ausencia de ratificación del Estatuto por parte de los Estados más poderosos, y los amplios poderes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que le vienen otorgados por su Carta fundacional. Hasta que esta situación no cambie, lo que habría de incluir la desaparición del derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, correremos el riesgo de que los responsables de una guerra de agresión permanezcan impunes.

* * * * *

El nuevo artículo 433 bis. Un ejemplo de Derecho penal simbólico. Dudas y claves para su interpretación a la luz del art. 290 CP¹

~Prof. Paz Francés Lecumberri~

Prof. Ayudante de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra (España). Socia de la FICP.

Resumen. Se analiza el art. 433 bis del CP, nuevo delito de falsedad contable pública y se plantean las dudas más importantes que el mismo suscita a la luz de un análisis sistemático con el art. 290 CP, que tipifica el falseamiento de documentos de las sociedades, por su evidente similitud. Se hace notar, en todo caso, cómo el art. 433 bis CP es un ejemplo de deficiente técnica legislativa y de claro Derecho penal simbólico.

I. INTRODUCCIÓN

En un escenario de crisis económica y política en el que se están conociendo importantes escándalos de corrupción y situaciones de quiebra de muchos Ayuntamientos², se contextualiza la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modificó el CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Esta Ley ha incluido un nuevo artículo, el art. 433 bis, el llamado nuevo delito de falsedad contable pública, cuya finalidad, según la Exposición de Motivos, es “dotar de la máxima transparencia al sector público y garantizar la confianza en la veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas”, esto será porque progresivamente la buena imagen del funcionamiento de la Administración Pública se está viendo claramente afectada y mermada y entre la ciudadanía se está generando una gran desconfianza hacia su funcionamiento.

El art. 433 bis CP ha entrado en vigor del siguiente modo³:

¹ Esta ponencia fue presentada y seleccionada para ser expuesta en el III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencia Penales, celebrado en la Universidad de Salamanca los días 17, 18 y 19 de junio de 2013 y será próximamente publicada conjuntamente con el resto de ponencias seleccionadas en un libro colectivo por la Universidad de Salamanca.

²El ejemplo por excelencia de corrupción que se está investigando en este periodo es el llamado “Caso Gürtel”. También recientemente se han conocido importantes casos de malversación como es, por ejemplo, la condena del Ex-Consejero Balear de Turismo Miguel Nadal. Además, en el sentido apuntado, en estos momentos es muy extensa la lista de Municipios en quiebra técnica, entre otro cabe destacar el Ayuntamiento de Barbate o de Jerez, o un buen número de municipios de la Generalitat de Catalunya como por ejemplo: Cunit, Sitges, Tossa de Mar, Moià Mollerussa, Igualada, Sant Feliu de Codines, Gironella, Teià o Premià de Mar.

³ El artículo fue sometido a varias enmiendas en el Senado (Núm. 132 de 10 de diciembre de 2012), ninguna de ellas prosperó. La enmienda nº 19 del PNV proponía la supresión del art. 433 bis argumentando que: “La tipificación del nuevo delito cometido por la autoridad o funcionarios públicos con la finalidad de lograr la estabilidad presupuestaria y erradicar la mala gestión de recursos públicos, está configurada por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, de previsiones jurídicamente

«1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.

3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses».

Es importante comenzar por determinar cuáles son las dudas y problemas más importantes que suscita este novedoso precepto y cuya resolución permitirá progresivamente elaborar el contenido de los diferentes elementos que componen el tipo. En este sentido, analizaré todos los elementos objetivos del tipo del art. 433 bis CP y expondré las dudas más significativas que a mi juicio el mismo plantea y lo haré, en parte, en relación al art. 290 CP⁴. Las similitudes entre el nuevo art. 433 bis CP, la falsedad contable pública, y el art. 290 CP referido al falseamiento de cuentas de las sociedades es evidente. Claramente, en ambos casos, el objetivo del legislador fue y ha sido el de generar confianza en la sociedad sobre la transparencia de la información que por su especial contenido pudiera lesionar, con su falseamiento, el patrimonio en las esferas correspondientes: el ámbito societario y la Administración Pública. Es decir, se pretende fortalecer la confianza en la información societaria con la creación del art. 290 CP y la confianza en la información de la Administración Pública con el art. 433 bis CP.

inseguras, tal como ha sido denunciado este precepto por los informes de los órganos consultivos que acompañan al mismo”. La enmienda nº 35 del PSOE también proponía la supresión del precepto justificada en que “este precepto podría beneficiar al infractor al excluir de un delito de falsedad documental previsto y penado en el art. 390 del Código Penal mucho más severo que los anteriores. La enmienda nº 77 de CIU, por su parte, proponía una mejora técnica proponía una mejora técnica y consideraba que el artículo debía quedar redactado de la siguiente manera: «Artículo 433.bis: 1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa o ejerza sus funciones, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses/ 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa o ejerza sus funciones, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior/ 3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses».

⁴ Art. 290 CP “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”.

Otra cosa diferente es que el bien jurídico protegido⁵ en estos preceptos sea la transparencia o la veracidad de la información societaria o aquella pública⁶, que a mi juicio no lo es, pero en todo caso considero que sin duda el fin político que inspiró ambos preceptos es éste.

Por último, plantearé algunas conclusiones en relación a la poco afortunada técnica legislativa utilizada en la redacción del precepto que conlleva importantes dificultades en su interpretación, así como su posible calificación de Derecho penal simbólico.

II. ESTUDIO DEL ART. 433 BIS EN RELACIÓN AL ART. 290 CP Y DUDAS QUE SE SUSCITAN

1. Las implicaciones de que se trate de un delito especial.

El art. 290 CP y el 433 bis CP cualifican a los sujetos activos del delito; son por tanto delitos especiales⁷.

En el art. 433 bis el sujeto activo será “la autoridad o funcionario público”. El contenido de las figuras de autoridad o funcionario ha sido extensamente tratado por la doctrina y la jurisprudencia⁸, por lo que no me detendré en él pues este precepto suscita problemas más importantes que el del sujeto activo si bien, posteriormente, la determinación de la autoría de este tipo será muy compleja.

También el art. 290 CP es un delito especial en el que el sujeto activo es el “administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación”,

⁵ En este sentido, con LUZÓN PEÑA, Curso, 1996, 88, por bien jurídico se entenderán “aquellas condiciones básicas para el funcionamiento del sistema social y para el desarrollo y participación del individuo en el sistema social”.

⁶ La crítica fundamental que se plantea por parte de la doctrina al bien jurídico “transparencia, veracidad, integridad de las cuentas” en el art. 290 CP deviene de la necesidad de dotar de un verdadero contenido material a los bienes jurídicos, mientras que este comportaría una formalización indeseable. En este sentido MARTÍNEZ BUJÁN, Derecho penal económico, 2005, 378. Creo que esta crítica, a este bien jurídico, se podría hacer también a un eventual bien jurídico en estos términos para el art. 433 bis CP.

⁷ En este trabajo, aun partiendo de un concepto no complejo de delito especial, considero que existe una especial relación entre la restricción del círculo de autores y el bien jurídico protegido que es la posición en la que un determinado sujeto se encuentra respecto de un bien jurídico. Estos sujetos poseen un dominio en la esfera en la que vienen inscritos los bienes jurídicos protegidos. Esto supone que ellos tienen el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. O, visto desde el ángulo del bien jurídico y no de los sujetos activos, que estamos frente a un (o unos) bien(es) jurídico(s) “limitadamente protegido”(s), pues se les otorga tutela penal sólo frente a quienes se encuentren en determinada relación con, o en una posición previa (preexistente) al hecho delictivo; requisito fundamental que evidencia RESTREPO RODRÍGUEZ, I reati, 2010, 57, 235-238, y especialmente 249 ss. También PELISSERO, Il concorso, 2004, 143. Sobre el delito especial v. GÓMEZ MARTÍN, Delitos especiales, 2006.

⁸ V. entre otros VALEJJE ÁLVAREZ, CPC, 62, 1997, 435-498.

especialidad que en relación a la acción típica que se describe determinará el contenido del concepto de administrador⁹ y que, como se decía, tendrá grandes implicaciones en la determinación del dominio del hecho del autor.

2. El bien jurídico.

En el art. 290 CP, a mi entender, aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina, se tutelan dos bienes jurídicos¹⁰: la funcionalidad del documento y el patrimonio¹¹, ambos inmediatamente protegidos y existiendo entre ellos una especial conexión. En este delito, considero que la falsedad no será un mero instrumento de su comisión, sino que con esta fórmula se entenderá que es la funcionalidad del documento algo que también se protege, siempre y cuando se relacione con una puesta en peligro o lesión del patrimonio: segundo bien jurídico tutelado, pero no de manera alternativa, sino en unión con el anterior. A esto es a lo que podríamos denominar, si se prefiere hablar de un solo bien jurídico: un bien jurídico especial propio y complejo, en el sentido de conformado por la unión de dos bienes jurídicos tutelados bajo la técnica restringida del delito especial: funcionalidad del documento y patrimonio.

La estructura del art. 433 CP es muy similar a la del art. 290 CP, lo que podría hacer pensar que también aquí el bien jurídico fuese doble: funcionalidad del documento y patrimonio. Sin embargo, por el tenor literal del precepto, determinar el bien jurídico del art. 433 bis CP se torna realmente complicado.

⁹ Considero que es más apropiado no partir de un concepto unitario de administrador porque sólo a partir de un detallado análisis de la conducta típica se podrá estar en condiciones de delimitar el ámbito de sujetos activos idóneos para los delitos societarios, sin perjuicio de que deba elaborarse con carácter general un concepto genérico de administrador de hecho (y de derecho). En este sentido GALLEGU SOLER, en: CORCOY BIDASOLO/LARA GONZÁLEZ (coords.), Derecho penal, 2002, 160. Crítico con un concepto unitario de administrador de hecho GÓMEZ BENITEZ, Curso, 2001, 107.

¹⁰ Algunos autores consideran que el bien jurídico protegido es la veracidad e integridad de las cuentas de la sociedad, como MATA MARTÍN, RdS, 5, 1995, 172; GARCÍA DE ENTERRIA, Delitos societarios, 1996, 55; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Delitos societarios, 1996, 100; DEL ROSAL BLASCO, Delitos societarios, 1998, 94; RODRÍGUEZ MONTAÑES, ADPCP, 49, 1996, 437 s; CHOCLÁN MONTALVO, LL, 2002-7, 1647; GALLEGU SOLER, en: MIR PUIG (Dir.), Nuevas tendencias, 2006, 323, comparte la opinión de que la veracidad y la transparencia en la información societaria es el interés inmediatamente protegido que actúa como barrera de evitación de perjuicios económicos, pero matiza que en el art. 290 CP no se protege tanto la información en sí misma, como el perjuicio económico que se puede irrogar en el patrimonio de sujetos para los que dicha información tiene una gran relevancia; PÉREZ VALERO, Delito societario, 2001, 135, estima que se tutelan el patrimonio y el interés general de los potenciales interesados en ser informados de manera veraz y completa acerca de la situación jurídica y económica del ente, el que considera que es un bien jurídico intermedio de nueva generación. Consideran que el orden económico es un bien jurídico mediatamente protegido en los delitos económicos, MARTÍNEZ BUJÁN, Derecho penal económico, 2011, 159. Mantiene que se protege también el correcto funcionamiento de las sociedades FARALDO CABANA, Delitos societarios, 1996, 62.

¹¹ Así, entre otros, FARALDO CABANA, Delito societario, 2003, 38 ss.

Sin muchas dudas creo que se puede afirmar que al menos uno de los bienes jurídicos protegidos en este precepto es el patrimonio de la Administración Pública, más en concreto el patrimonio “de la entidad pública de la que depende”; dependencia en relación a la autoridad o funcionario público que cometa la falsedad. En la determinación del bien jurídico es importante tener en cuenta que se está ante un delito especial, que da una calidad especial también al bien jurídico, el patrimonio. Pero no cualquier patrimonio sino el patrimonio que es capaz de afectar más idóneamente el sujeto activo, la autoridad o funcionario público, que como se ha dicho es el patrimonio de la entidad pública de la que depende el sujeto activo.

Como ocurre también con el art. 290 CP, al tratarse de un delito especial, los bienes jurídicos allí tutelados tendrán una calidad especial. En ambos casos el bien jurídico que el legislador decide proteger es aquel que presenta mayor vulnerabilidad precisamente dentro de la esfera de dominio del sujeto activo, que por su calidad implica el ejercicio de un mayor poder de lesión. Eso no significa que el sujeto activo, en un caso la autoridad o funcionario público y en el otro el administrador de hecho o de derecho, no pueda lesionar la funcionalidad o el patrimonio de otros sujetos que no sean la entidad pública de la que dependa o la sociedad, socios o terceros respectivamente. Como tampoco significa que ese patrimonio no pueda ser lesionado por personas ajenas a la entidad pública o a la sociedad, respectivamente. En efecto, podría hacerlo pero el legislador delimita el ámbito de protección penal del bien jurídico a un ámbito restringido, ya que se está ampliando -adelantando- la tutela respecto a otros delitos contra el patrimonio de naturaleza común. En concreto en el art. 433 bis CP esto se hace por dos motivos. En primer lugar, por criterios que identifican una mayor accesibilidad al bien y por tanto mayor vulnerabilidad del mismo, de acuerdo al principio de intervención mínima. En segundo lugar, porque el patrimonio público tiene funciones esenciales de satisfacción de intereses públicos que se verán finalmente frustrados, y son esos intereses los que el legislador pretende proteger. También por este motivo podemos hablar de una especial calidad del bien jurídico.

Sin embargo, como decía, no parece que sea definitiva la solución de entender que sea éste el bien jurídico único en el art. 433 bis CP. ¿Podría ser también la funcionalidad del documento un bien jurídico protegido? ¿Puede ser conjuntamente la transparencia de la información contable pública un bien jurídico protegido? ¿Podría haber un bien jurídico colectivo, como por ejemplo, el correcto funcionamiento de la Administración

Pública que fuese al menos mediato? ¿Tal vez podría ser bien jurídico la confianza en la transparencia de las cuentas públicas?

Considero que la respuesta a estas preguntas y otras que se puedan hacer sobre posibles bienes jurídicos dependerá de varias cuestiones. Por un lado, de la legitimidad que se le otorgue a bienes jurídicos como la “transparencia de la información contable”, a fórmulas que contienen la expresión “correcto funcionamiento”¹² en alguna institución o a la técnica de tutela de los “bienes jurídicos mediatos”¹³. Por otro lado, y en concreto respecto al bien jurídico de la funcionalidad del documento que se planteaba por la similitud con el art. 290 CP, dependerá del contenido que se le dé a la acción típica que recoge el tipo del art. 433 bis CP.

3. La acción típica

Los problemas que trae la determinación de la conducta típica del art. 433 bis CP son muy importantes.

Se debe tener presente que la conducta típica del delito de falsedad en documentos sociales que utiliza el mismo tipo de descripción que el art. 433 bis CP es, para la mayor parte de la doctrina, la de “falsear”¹⁴, cuyo contenido se deberá complementar con el de

¹² PAREDES CASTAÑÓN, RDPC, 11, 2003, 132.

¹³ Por mi parte rechazo la combinación que implica que a un bien jurídico tutelado inmediatamente se le pueda vincular la protección mediata de otro bien jurídico. El motivo de este rechazo parte de la creencia de que esta fórmula puede vaciar de contenido al bien jurídico, al arrebatarle las funciones que tradicionalmente le han sido otorgadas: interpretativa, sistemática, de medición de la pena y de limitación del *ius puniendi*.

¹⁴ Esta es la postura de la doctrina mayoritaria. Por todos, FARALDO CABANA, Delitos societarios, 1996, 378; La misma, Delito societario, 2003, 61 ss.; DEL ROSAL BLASCO, Delitos societarios, 1998, 95 s. ; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal; MATA Y MARTÍN, RdS, 5, 1995, 172; GARCÍA CANTIZANO, Falsedades documentales, 1997, 154; GÓMEZ BENITEZ, Curso, 2001, 190 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑES, ADPCP, 1996, 437, apunta cómo “La conducta típica consiste en una falsificación (mentir o alterar con cualquier maniobra, activa u omisiva los documentos, de forma que no reflejen la verdadera situación jurídica o económica de la sociedad a que se refieren), pero se protegen también los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros, ya que el tipo básico es un delito de peligro abstracto de aptitud respecto del patrimonio de estos sujetos (se exige la idoneidad para causar perjuicio económico). Y junto al tipo básico, en el párrafo segundo se crea una cualificación para el caso de que se llegue a causar el perjuicio económico”; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO/ POLO VEREDA, en: VV.AA., Homenaje, 2005, 1317.

La postura minoritaria que considera que éste no es un delito de falsedad, sino más bien un delito defraudatorio. Esta tesis es sostenida por: BACIGALUPO ZAPATER, LL, 1996-1, 1669; TERRADILLOS BASOCO, en: DEL ROSAL BLASCO, (coord.), Estudios, 1997, 275; SUÁREZ GONZÁLEZ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/ JORGE BARREIRO (coord.), 1997, 835; PÉREZ VALERO, Delito societario, 2001, 385 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, LL, 2002-7, 1645; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, Derecho penal económico, 2010, 659 s., consideran que “la conducta típica no consiste en “falsear” ni “alterar la autenticidad” del documento, sino en presentar –pública o internamente a quienes tengan derecho a conocerlas-unas cuentas que no reflejen una imagen patrimonial fiel –es decir, real o veraz- de la sociedad”.

los arts. 390 y ss. CP y de ahí la consideración de la funcionalidad del documento como segundo bien jurídico protegido por el precepto, además del patrimonio.

Sin embargo, la determinación de la acción típica del art. 433 bis CP aun siendo idéntica a la utilizada en el art. 290 CP¹⁵, por la relación que el precepto establece con los arts. 390 y ss, se torna muy complicada.

El artículo que aquí se analiza, lejos de solucionar problemas concursales genera otro y de mayor importancia, como es el de tener que dotar de un contenido diferente al que presenta en el art. 290 CP al verbo “falsear”. De la Exposición de Motivos¹⁶ y del propio tenor del art. 433 bis CP parece que las conductas falsarias deberán ser otras diferentes a las del art. 390 CP, ya que el art. 433 bis CP habla expresamente de quien falseare “fuera de los supuestos previstos en el artículo 390”.

Entonces la pregunta debe ser: ¿cómo se ha de falsear? Si las formas de falseamiento no pueden ser ninguna de las comprendidas en el art. 390 CP, incluidas las falsedades ideológicas ¿de qué tipo o forma ha de ser la conducta falsaria?

Para la determinación de este contenido ni siquiera serían útiles las brillantes propuestas que algunos autores han planteado para dotar de contenido al verbo “falsear” del art. 290 CP, en sentido diferente a la opción que aquí se mantiene como correcta, a través de la utilización del art. 390 CP.

En este sentido, sobre el art. 290 CP, ECHANO BASALDUA¹⁷ considera que “no puede extrañar la afirmación de que este delito tiene naturaleza falsaria, si se reduce la naturaleza del delito de falsedad documental a poco más que a un mudamiento de la verdad en un documento, puede inducir a error y desplegar efectos perjudiciales en el tráfico jurídico”, para posteriormente concluir afirmando que “el delito de falseamiento

¹⁵ El análisis del tipo en este trabajo queda limitado al inciso primero del art. 433 bis CP pues el inciso segundo utiliza otro verbo rector diferente al de falsear: “facilitar a terceros información mendaz”.

¹⁶ La Exposición de Motivos dice: “La norma incorpora una regla que soluciona los problemas de posible concurso de este delito con el de falsedad documental, de aplicación preferente, y será por ello en particular aplicable a la falsificación y mendacidad de documentos internos que, sin embargo, son relevantes para la adopción de decisiones de trascendencia económica. Asimismo, se tipifica el falseamiento de la información de relevancia económica que no forma inicialmente parte de un documento, pero que encuentra reflejo posterior en el mismo. De este modo se solucionan los problemas de tipicidad que pueden plantearse cuando el autor no emite el documento falso, sino que se limita a introducir la información mendaz que luego queda incorporada a un soporte documental escrito o de otra naturaleza. Y, con la misma finalidad, se tipifica la facilitación de esa información mendaz a terceros, cuando tal conducta resulta idónea para causar un perjuicio económico a la Administración. Todas estas conductas, en la medida en que no se trate de supuestos de falsificación de documentos públicos u oficiales –castigados por los artículos 390 y 393 del Código Penal– se castigan con penas de multa e inhabilitación, y pena de prisión en el supuesto de causación efectiva del perjuicio económico”.

¹⁷ ECHANO BASALDUA, RVAP, 87/88, 2010, 419 ss.

de documentos sociales no tiene naturaleza falsaria, no es un delito de falsedad documental en sentido propio del término”¹⁸, entendiendo que precisamente en ello radica su razón de ser: es una falsedad ideológica impune desde la perspectiva de los delitos de falsedad documental pues no afecta a las funciones del documento ni, por tanto, a su eficacia probatoria, pero digna de sanción si contiene los demás requisitos para configurarse como un delito societario.

Sin embargo, como se decía, esta opción interpretativa no sería aplicable y válida para el art. 433 bis CP. En primer lugar porque las falsedades ideológicas son punibles cuando las comete una autoridad o funcionario público, y en segundo lugar porque lo dice claramente el legislador: “fuera de los supuestos previstos en el art. 390 CP”. Esto hace pensar que este art. 433 bis ni siquiera es un tipo que subsane lagunas de punibilidad en relación a la falsedad ideológica, porque la falsedad ideológica no es impune para las autoridades o funcionarios públicos, es más, a tenor del precepto, parece que la modalidad falsaria no pudiera ser “ideológica”.

Una lectura detenida de la Exposición de Motivos de alguna manera permite entender mejor el sentido de lo que parece se pretendía exponer en el art. 433 bis CP. Allí se introduce otro elemento de interpretación cuando se dice: “todas estas conductas, en la medida en que no se trate de supuestos de falsificación de documentos públicos u oficiales –castigados por los artículos 390 y 393 del Código Penal– se castigan con penas de multa e inhabilitación, y pena de prisión en el supuesto de causación efectiva del perjuicio económico”.

Con esto se intuye que el legislador quiere aclarar en la Exposición de Motivos que lo importante no será tanto de qué modalidad falsaria se trate, que sí podría ser de las del art. 390 CP, sino que pone el acento en el tipo de documento, es decir, que no se trate de aquellos documentos públicos u oficiales, sino que la falsedad recaiga en documentos diferentes a éstos.

Sin embargo, esto nos conduce a otro problema como es el de determinar a qué objeto material se está refiriendo entonces el art. 433 bis CP, porque si no puede ser un documento público, aunque estemos en el ámbito de la Administración Pública ¿a qué clase de documentos se está refiriendo el precepto? Esto nos obliga entonces a determinar el objeto material del delito.

¹⁸ ECHANO BASALDUA, RVAP, 2010, 87-88, 422.

4. El objeto material

El objeto material del art. 433 bis CP lo componen la “contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos”. En relación con lo que se planteaba más arriba, la primera cuestión que surge al respecto, si la interpretación que se sigue es la anterior con motivo de dar una mínima congruencia al contenido de la acción típica, es: ¿todos estos documentos no son acaso documentos públicos?

Según el art. 1217 CC son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley, y si tenemos presente la Orden EHA/1037/2010 que aprobó el 28 de abril de 2010 el llamado Plan General de Contabilidad Pública nos encontramos con que ya la misma ley hace referencia a la calidad pública del documento de contabilidad¹⁹; contabilidad que se hará, a mi entender, extensiva a otros documentos que se engloban en el término “contabilidad”. Entiendo por tanto que la calidad de público de estos documentos es indudable y entonces la incongruencia aparecería aquí.

Pero más allá de calificar como públicos o no estos documentos y con el fin de precisar el objeto material, nos encontramos con que el Plan General de Contabilidad Pública, tal y como expresa su Exposición de Motivos, tomó como modelo el Plan General de Contabilidad para la empresa con las especialidades propias de las entidades del sector público al que va dirigido. En este sentido, el Plan General de Contabilidad Pública se estructura al igual que el previsto para la empresa en cinco partes, con el mismo contenido para cada parte. Es en la primera parte donde se recogen los documentos que integran las cuentas anuales²⁰ que, al igual que la contabilidad de la empresa, están compuestas por el balance, la cuenta del resultado económico patrimonial, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria, pero además para esta contabilidad se añade un nuevo documento, el estado de liquidación del presupuesto.

¹⁹ V. también los art. 200 a 220 del RDL 2/2004, 5 de Marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

²⁰ Además de los principios contables públicos, los requisitos de la información contable, las definiciones de los elementos de las cuentas anuales y los criterios generales de registro y de valoración de los mismos, que deben conducir a que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, del resultado económico patrimonial, y de la ejecución del presupuesto de la entidad contable.

Por tanto, cuando el legislador utilizó en el art. 433 bis CP el término «contabilidad» estaba pensando claramente en las cuentas anuales, documentos a los que alude expresamente el art. 290 CP y creo que en este sentido se deberá interpretar el término contabilidad.

Posteriormente, parece necesaria, al igual que sucede con la expresión utilizada por el art. 290 CP “otros documentos de deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad”, una interpretación restrictiva de aquellos documentos que, como dice el art. 433 bis CP, deban reflejar su situación económica y especialmente del término «información»²¹, haciendo una analogía con las cuentas anuales y restringiendo a aquellos documentos que tengan una relevancia y transcendencia similar a las mismas por el contenido que recogen.

5. La técnica de tutela del delito de peligro hipotético

Dado que se han planteado dudas sobre el bien jurídico protegido en el art. 433 bis CP, me ceñiré al análisis de la puesta en peligro idónea del que creo es un indiscutible bien jurídico protegido: el patrimonio de la Administración. La existencia de los demás posibles bienes jurídicos hasta el momento no la considero viable, por este motivo las técnicas de tutela que pudieran existir ante la eventualidad de otros bienes jurídicos no las desarrollaré.

El patrimonio se tutela a través de un delito de peligro hipotético²². Éstos exigen que la acción sea adecuada, apta, para producir un peligro al objeto de protección²³; son delitos de peligro posible, es decir, no requieren que la acción determine un peligro efectivo, como los delitos de peligro concreto, pero sí que se pueda originar un estado

²¹ Ya la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, en su reunión de 18 de junio de 2012, aprobó por unanimidad el informe sobre el Anteproyecto para la reforma de Código Penal que, en su día le fue remitido y en relación al art. 433 bis CP informaron que se debería de “dotar al texto de una redacción más acorde con la finalidad perseguida, es decir, con la interdicción de los gastos al margen de lo presupuestado y la supresión o, al menos, una aclaración del significado de término “información”. Informe de la Comisión de Estudios del CGPJ: se puede encontrar en <http://www.poderjudicial.es>. Esta apreciación evidencia lo indeterminado del objeto material sobre el cual puede recaer la falsedad. Pero es que además la Exposición de Motivos hace referencia a “introducir la información mendaz que luego queda incorporada a un soporte documental escrito o de otra naturaleza” con lo que nuevamente nos lleva el legislador a la confusión de si la mendacidad su pudiera producir en documentos que no fueran escritos sino de forma oral, conclusión en todo caso inadmisibles.

²² En este trabajo se utilizará el término de peligro hipotético por ser el nombre que TORÍO, en la literatura en lengua castellana, acuñó por primera vez para esta tipología de delitos de peligro abstracto-concreto y a la cual, al igual que lo que aquí se propone, se ha adherido una parte de la doctrina. Utiliza esta terminología, entre otros, MORALES PRATS, en: VV.AA., Estudios, 1997, 490 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, Derecho penal, 2007, 303.

²³ TORÍO, ADPCP, 33, 1981, 839.

que suponga la probabilidad de un daño o lesión²⁴. Son por tanto dos los juicios que será necesario hacer, uno *ex ante* debiendo analizar si la conducta del sujeto es apta para producir un peligro para el bien jurídico y uno *ex post* sobre, como dice TORÍO, “la posibilidad del resultado de peligro” en la situación concreta.

En el art. 290 CP se deberán realizar dos juicios: el de peligrosidad de la acción, desde un punto de vista *ex ante*, y el de posibilidad de un resultado lesivo, desde un punto de vista *ex post*²⁵. Conforme al juicio *ex ante* es necesario valorar la idoneidad de que la falsedad induzca a error de modo que pueda poner en peligro al patrimonio, lo cual se deberá comprobar conforme a criterios de imputación objetiva y atender a si la misma podría inducir a error al hombre medio ideal²⁶. Por último, será necesario un análisis *ex post* porque: “el examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor”²⁷. En el caso del art. 290 CP se tendrá que verificar que ese peligro para el patrimonio de socios, sociedad o terceros, observado *ex ante* desde la perspectiva previa a la actuación del sujeto, se materializa bien sea en la efectiva aptitud de ponerlo en peligro o directamente en su lesión. El juicio *ex post* permitirá identificar cuándo la creación o superación del riesgo permitido no repercute en el resultado.

Pues bien, en el art. 433 bis CP considero se deberá igualmente hacer este doble análisis *ex ante* y *ex post* y además en términos muy parecidos. Siendo que la conducta que recoge el tipo es una conducta falsaria, en primer lugar será necesario valorar la idoneidad de inducir a error de manera que pueda poner en peligro el patrimonio de la Administración Pública de la que dependa el sujeto activo, para lo cual parece indispensable que los documentos o datos falsos salgan al tráfico jurídico. *Ex post*, al igual que para el art. 290 CP se tendrá que valorar cuándo la superación del riesgo permitido no repercute en el resultado, por lo que no se le podrá imputar al autor la conducta y cuándo por el contrario sí.

III. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este trabajo han de hacerse notar las dificultades interpretativas

²⁴ TORÍO, ADPCP, 33, 1981, 839.

²⁵ FARALDO CABANA, Delito societario, 2003, 123 s.

²⁶ Así FARALDO CABANA, Delitos societarios, 1996, 379.

²⁷ ROXIN, Derecho penal, 2003, 373.

que el art. 433 bis CP suscita debido a una, en mi opinión, más que deficiente técnica legislativa. La redacción del tipo plantea importantes problemas que se han tratado de apuntar en estas páginas y que se concretan, con algunas propuestas de interpretación, en los siguientes:

1ª En la determinación de la acción típica queda la duda, por la relación que el precepto establece con el art. 390 CP, de si el tipo se refiere a conductas falsarias diferentes a las contenidas en ese precepto o si, como en el art. 290 CP, la acción falsaria se debe dotar con el contenido del art. 390 CP mientras que la distinción se hallaría en el objeto material sobre el que recae la conducta típica. Si se opta por entender, como parece indicar la Exposición de Motivos, que ha de dotarse de contenido con el art. 390 CP, porque a lo que se refiere el precepto es a la especialidad de los documentos, se trasladan las dudas a la calidad del objeto material.

2ª Queda en entredicho entonces la naturaleza pública o no de documentos que a mi entender, sin ningún género de duda, sí lo son. Además, el legislador ha optado por utilizar el término contabilidad cuando en realidad se estaba refiriendo a las cuentas anuales, y así considero que ha de interpretarse esta norma. Por otro lado se utilizan expresiones excesivamente indeterminadas, como por ejemplo el concepto de “información” que será necesario restringir.

3ª El bien jurídico protegido, en parte por las indeterminaciones anteriores y también porque el legislador no ha sabido tipificar las conductas en las que en verdad estaba pensando cuando redactó la norma, se torna difícil de concretar.

Sin embargo, se puede afirmar que al menos uno de los bienes jurídicos protegidos es el patrimonio de la Administración Pública. Un bien jurídico protegido especial por dos motivos. En primer lugar porque en atención al principio de intervención mínima se restringe la protección a aquel patrimonio que presenta mayor vulnerabilidad dentro de la esfera de dominio del sujeto activo, el patrimonio de la Administración Pública. En segundo lugar la especialidad vendrá dada por la calidad especial del patrimonio público el cual tiene claras funciones de satisfacción de intereses públicos que eventualmente se podrían ver frustrados.

4ª La relación que el precepto establece con el art. 390 CP no sólo repercute en las dudas que surgen en relación a la determinación de la acción típica, sino que también da la sensación de que lo que quiso ser una norma especial sobre el art. 390 CP se

convierte en subsidiaria, dando lugar a que finalmente el art. 433 bis CP tenga aplicación en contadas ocasiones. De hecho, con todos los problemas planteados hasta ahora sobre el mismo resulta difícil, por no decir imposible, pensar cuáles son los supuestos en los que se aplicará el art. 433 bis CP y no el art. 390 CP. Si las conductas son las mismas que las del art. 390 CP y los documentos del art. 433 bis CP son documentos públicos u oficiales entonces, a falta de una reflexión más pausada, hoy por hoy no veo ningún supuesto posible en el que sería de aplicación el art. 433 bis CP.

Es fundamentalmente por esta cuestión que al inicio de este trabajo anticipaba que este precepto es un claro ejemplo de Derecho penal simbólico²⁸. Siguiendo a Díez RIPOLLÉS nos encontramos con que, en la identificación de lo que es una intervención simbólica, son de utilidad algunas clasificaciones²⁹ conforme a las cuales el art. 433 bis CP responde a varias de esas caracterizaciones. Por un lado, es una ley reactiva en la que es predominante el objetivo de demostrar la rapidez del legislador ante la aparición de problemas nuevos³⁰ o problemas irresueltos intentando generar confianza en la sociedad³¹ y a su vez pretende dar respuesta a las preocupaciones de los ciudadanos³² en este momento de crisis política.

Por último, como cuestión tal vez más importante, se hace notar que esta disposición puede resultar ser una “norma aparente”³³, por las dificultades en su aplicación, como consecuencia de la defectuosa técnica legislativa que se ha querido demostrar en este trabajo.

Si con este precepto el legislador hubiera querido proteger la estabilidad presupuestaria de los entes públicos, como en parte parece entenderse de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012, sin duda lo tendría que haber plasmado de otra forma en la norma, porque tal y como está se podría decir que este precepto es inaplicable por imposible.

²⁸ El concepto de Derecho penal simbólico no es pacífico en la doctrina. Diferentes propuestas plantean los siguientes autores: BARATTA, Pena y Estado, 1, 1991, 37-55; MELOSSI, Pena y Estado, 1, 1991, 57-66; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 1992; Díez RIPOLLÉS, BMDC, 103, 2002, 63-97.

²⁹ Díez RIPOLLÉS, BMDC, 103, 2002, 77 ss., hace diferentes clasificaciones en función del objetivo satisfecho, en función de las personas primordialmente afectadas y en función del contenido de los efectos sociales producidos.

³⁰ En este sentido Díez RIPOLLÉS, *Ob. Cit.*, 77, las llama leyes reactivas.

³¹ En este sentido Díez RIPOLLÉS, *Ob. Cit.*, 80, las llama leyes activistas.

³² En este sentido Díez RIPOLLÉS, *Ob. Cit.*, 77, las llama leyes identificativas.

³³ En este sentido Díez RIPOLLÉS, *Ob. Cit.*, 79, las llama leyes aparentes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, La reforma de las falsedades documentales, La Ley, 1996-1, 1668-1672.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel /BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, Derecho penal económico, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.

BARATTA, Alessandro, Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica, Pena y Estado, 1, 1991, 37-55.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Información societaria y protección penal del inversor, La Ley, 2002-7, 1642-1654.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Los delitos societarios en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.

DÍEZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio/POLO VEREDA, Javier, Sobre el objetivo material y la conducta típica en el delito societario de falsedad en documentos sociales, en: VV.AA, Homenaje al Prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, Civitas, 2005, 1302-1334.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis, El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena, en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 103, 2002, 63-97.

ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio, La falsedad en documentos sociales del art. 290 CP: ¿delito de falsedad documental?, Revista Vasca de Administración Pública, 87-88, 2010, 389-430.

FARALDO CABANA, Patricia, El delito societario de falsedad en documentos sociales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

FARALDO CABANA, Patricia, Los delitos societarios, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

GALLEGO SOLER, José Ignacio, El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en derecho penal, en: CORCOY BIDASOLO/LARA GONZÁLEZ (Coords.), Derecho penal de la empresa, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2002.

GALLEGO SOLER, José Ignacio, Política criminal en materia de delitos societarios, en: MIR PUIG (Dir.), Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995, Barcelona, B de F, 2006, 209-294.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Falsedades documentales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.

GARCÍA DE ENTERRIA, Javier, Los delitos societarios: Un enfoque mercantil, Madrid, Civitas, 1996.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal, Madrid, Cóllex, 2001.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, Los delitos especiales, Madrid, Edisofer, 2006.

LUZÓN PEÑA, Diego-Luzón, Curso de Derecho Penal: Parte general, I, Madrid, Universitas, 1996.

MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos, Derecho penal económico, Parte general, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

MARTINEZ BUJÁN, Carlos, Derecho penal económico, Parte especial, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, Los delitos societarios en el Código penal de 1995, Revista de Derecho de Sociedades, 1995/5, 164-178.

MELOSSI, Dario, Ideología y derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?, Pena y Estado, 1, 1991, 57-66.

MORALES PRATS, Fermín, La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: La ley penal en blanco y concepto de peligro en: VV.AA., Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. Don José Ramón Casabó Ruiz, Valencia, Valencia Universitat, 1997, 475-501.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARAN, Mercedes, Derecho penal, Parte general, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

PAREDES CASTAÑÓN, Jose Manuel, Los delitos de peligro como técnicas de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales, Revista de derecho penal y criminología, 11, 2003, 95-164.

PELISSERO, Marco, Il concorso nel reato proprio, Milano, Giuffrè, 2004.

PÉREZ VALERO, El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.

RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana, I reati propri alla luce del bene giuridico, Tesis doctoral leida en la Università degli Studi di Modena, Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze – inventario CFTD0010474, 2010.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa, Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal, Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales, 1996, Tomo 49, Fasc/Mes 2, 425-473.

ROXIN, Claus, Derecho penal, Parte General, Madrid, Civitas, 2003 (reimp.)

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María, Los delitos societarios, Pamplona, Aranzadi, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona, Bosch, 1992.

SUAREZ GONZÁLEZ, Cárlos, art. 290 CP, Comentarios al Código Penal, en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), Civitas, Madrid, 1997.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, Los delitos societarios, en: DEL ROSAL BLASCO, (Coord.), Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 259- 287.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 33, 1981, 825-847.

VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada: Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública, Cuadernos de Política Criminal, 62, 1997, 435-498.

* * * * *

Efectos endémicos de la corrupción sistémica: una barrera al desarrollo

~Sr. D. Javier Sánchez Bernal~

Investigador en formación. Univ. de Salamanca (España). Socio de la FICP.

Sumario. I. La corrupción: un problema global. II. Los efectos de la corrupción. 1. Los llamados efectos positivos de la corrupción. 2. Los efectos negativos de la corrupción. a) *Efectos de carácter general.* b) *Efectos sobre el sistema y la legitimidad democráticos.* c) *Efectos sobre el sistema económico y la economía.* d) *Efectos en el ámbito social y cultural.* e) *Corrupción y medio ambiente.* f) *Efectos de la corrupción en el ámbito deportivo.* III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. LA CORRUPCIÓN: UN PROBLEMA GLOBAL.

Hablar de corrupción en España en tiempos recientes –especialmente en el contexto de profunda crisis económica y financiera que padecemos desde hace cinco años– no es una iniciativa original. Dicho esto, sin embargo, cabe señalar que el propósito de este artículo no es analizar el fenómeno de la corrupción en sí misma –si bien partiremos de algunas cuestiones generales, a fin de presentar el objeto del texto–, sino examinar los efectos perniciosos que ésta provoca para el conjunto de una sociedad.

Antes de comenzar con el estudio, conviene acotar siquiera someramente qué entenderé por corrupción en lo sucesivo. El primer paso ha de ser, necesariamente, acudir al Diccionario de la Real Academia que, en su cuarta acepción, indica que “en las organizaciones, especialmente en las públicas, [es una] práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”.¹ Sin embargo, quizás sea necesario acudir a un concepto más general que pueda explicar la multiplicidad de comportamientos que pueden catalogarse como de corrupción. En este punto, la Organización No Gubernamental “Transparencia Internacional” –en adelante, sin comillas– define corrupción como el “abuso con fines de lucro personal del poder delegado” o, del mismo modo, como el “mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados”.² Estas definiciones me parecen más acertadas, puesto que aportan algunos elementos interesantes. Entre ellos, el poder

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Programa de Formación de Profesorado Universitario, dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Convocatoria 2010.

¹ Fuente: www.rae.es. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

² Para la primera definición, fuente: www.proetica.org.pe/corrupcion/ [Capítulo peruano de Transparencia Internacional] y para la segunda, fuente: www.transparenciacolombia.org.co/ [Capítulo colombiano de Transparencia Internacional] [Consultados el 26 de marzo de 2014].

entender que el abuso puede ser perpetrado por una persona con poder de decisión en el sector público o privado; iniciado por dicha persona o provocado por un tercero que quiera influir en el proceso de toma de decisiones.³

Así las cosas, no cabe duda que la corrupción es, actualmente, un “problema mundial”.⁴ Y debe decirse que esto es así pues afecta a la práctica totalidad de los Estados del mundo⁵ –como refleja cada año Transparencia Internacional⁶– pero, de igual modo, es un fenómeno global que, como trataré de poner de manifiesto, se deja notar en todos los sectores de una sociedad y sus efectos distorsionan la convivencia social en su conjunto.⁷

Es más, en el mismo sentido, puede decirse que la globalización, entendida como un fenómeno de *mundialización*, es uno de los factores más relevantes a la hora de explicar la actual proliferación de conductas corruptas. La desaparición progresiva de fronteras ha supuesto un incremento del libre comercio, con la desaparición de las restricciones impuestas a aquél por la legislación de los Estados.⁸ La globalización ha

³ Como se ve, estas definiciones engloban la corrupción pública y la privada, y elementos como la perpetración directa o mediante tercero del acto de corrupción, así como la distorsión en el proceso de toma de decisión, pública o privada. Fuente citada: www.proetica.org.pe/corrupcion/ [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁴ Así cataloga a la corrupción un artículo publicado en el diario digital INFORMACION.ES. En el mismo, publicado el 9 de diciembre de 2010 bajo el título “La corrupción, un problema mundial”, se analiza un comunicado de la entonces presidenta de Transparencia Internacional, Huguette Labelle, quien afirma que “la crisis financiera continua afectando a la opinión de la gente sobre la corrupción, especialmente en Europa y en Norteamérica”. Fuente: www.diarioinformacion.com. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁵ La profesora MURIEL PATINO así lo asevera cuando reconoce que “bien es sabido que el fenómeno de la corrupción es algo frecuente en todo tipo de países, se trate de aquellos que llamamos desarrollados o se trate de los menos favorecidos económicamente”. MURIEL PATINO, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N.,/FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.), *La corrupción*, 2003, p. 27.

⁶ Si se toma como referencia el último Barómetro Global de la Corrupción (2013) publicado por la citada organización, podemos entresacar diversos datos interesantes, en relación al carácter global de la corrupción. Así, por ejemplo, ante la pregunta de: ¿considera que la corrupción ha aumentado en su país?, el mapa de resultados muestra que la respuesta ha sido positiva en la práctica totalidad de los 107 países encuestados. Fuente:

www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/Bar%C3%B3metro_Global_2013/Indice_Barometro_2013.htm. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁷ Respecto del fenómeno de la globalización, dice LIZCANO, presidente de Transparencia Internacional-España, que se trata de “un fenómeno que afecta a todos los aspectos de la vida (economía, política, mundo empresarial y judicial, medioambiente, ética, sociedad...) y es ya un hecho irreversible”. Conferencia realizada a la Asociación “Foro Generación del 78” el 14 de febrero de 2008 y accesible en la web de la misma. Fuente: www.forog78.org. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

Estas notas características de la globalización se dejan notar también en las conductas de corrupción, que en la actualidad, se extiende a todos los ámbitos de la vida social, como se expondrá seguidamente en el artículo. En este sentido, KINDHÄUSER, U., *RPC*, 3, 2007, p. 2. Ello es lo que justifica la persecución de la corrupción como fenómeno que perjudica el correcto funcionamiento de todas las instituciones sociales. BOLEA BARDON, C., *InDret*, 2, 2013, p. 3.

⁸ El ámbito de la entonces Comunidad Europea –hoy Unión Europea– es un claro ejemplo de esta tendencia, pues a partir del Tratado de Ámsterdam (1997), con la creación del “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, se incorpora el Acervo de Schengen (Convenio, 1990) como política comunitaria, lo

supuesto, por supuesto, indudables mejoras para las sociedades humanas pero, particularmente en los países desarrollados, también ha permitido el agravamiento de algunos fenómenos delictivos y, en especial, de la corrupción.⁹

Las empresas han internacionalizado sus mercados de producción, distribución y venta de productos, acentuando progresivamente la libre circulación de mercancías, que ha traído consigo también una progresiva libertad de circulación de capitales. Estos procesos, unidos al auge de los medios de información y comunicación, han supuesto grandes avances para el bienestar social, pero también han conllevado un incremento de la corrupción y una facilitación de la actividad de los grupos de delincuencia organizada,¹⁰ esencialmente apoyándose en la opacidad que aún hoy ofrecen los territorios considerados como paraísos fiscales.¹¹

Como es sabido, son considerados paraísos aquellos territorios que ofrecen condiciones fiscales muy ventajosas a los ciudadanos y empresas foráneos para lograr atraer su dinero, unido ello a una ausencia de control acerca de la naturaleza o el origen de tales fondos. Acuden a ellos las grandes multinacionales –para eludir dar cuenta de sus obligaciones–, pero también los grandes patrimonios aprovechan en ocasiones la posibilidad de ocultar su identidad valiéndose del secreto bancario, la ineficacia de los sistemas de intercambio de información y las facilidades para constituir diferentes

cual supuso el inicio del proceso de eliminación de fronteras internas entre los Estados miembro. Actualmente, la libertad de movimiento se traduce en lo que en jerga comunitaria se ha dado en llamar “las cuatro libertades”: personas, mercancías, servicios y capitales. Fuente: europa.eu/legislation_summaries/internal_market/index_es.htm [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁹ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.), *La corrupción*, 2003, p. 213. En el mismo sentido, ha de señalarse que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su Preámbulo, reconoce que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”. El texto de la Convención puede consultarse en la web de la ONU.

Fuente: www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

¹⁰ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.), *La corrupción*, 2003, p. 214. En el mismo sentido y en profundidad, MALEM SEÑA, J. F., *La corrupción*, 2002, pp. 173-175.

¹¹ Por aportar algunos datos, según noticia de prensa aparecida en la versión digital del diario EL PAÍS, según los expertos, en los paraísos europeos se mueve el 10% del PIB mundial, lo cual supone “una amenaza para la ecología económica”. Noticia “Paraísos”, publicada el 23 de mayo de 2013. Fuente: cultura.elpais.com/cultura/2013/05/23/television/1369333457_506017.html. [Consultado el 26 de marzo de 2014]. Para completar este apunte, en el ámbito europeo, se reconocen como paraísos fiscales: Suiza, Mónaco, Andorra, Malta, Luxemburgo, Gibraltar e Isla de Jersey. Noticia “Los paraísos fiscales de la UE”, publicada el 11 de junio de 2013, en la versión digital del diario LA NUEVA ESPAÑA. Fuente: www.lne.es. [Consultado el 26 de marzo de 2014]. COCKCROFT constata esta relación entre paraísos fiscales y corrupción cuando asegura que “en muchos casos, miembros de la red han establecido relaciones con el crimen organizado; tal vez contratados para el comercio ilegal; y son capaces de depositar sus fondos corruptos en ‘jurisdicciones secretas’ desde donde pueden ser recicladas a la economía doméstica” (traducción propia). En COCKCROFT, L., *Global Corruption*, 2012, pp. 13-14.

figuras jurídicas sin demasiadas medidas de identificación; y, del mismo modo, los bancos, que encuentran en estos territorios una vía no ya sólo para reducir su factura fiscal, sino también para constituir filiales que escapen de los estrictos controles a los que suelen estar sometidos por los bancos centrales y las normativas de sus países de origen.¹² Es por ello que una de las medidas necesarias en la respuesta global frente a la corrupción haya de ser la eliminación de los paraísos fiscales.¹³

Volviendo a la corrupción mundial y global, para ilustrar el primero de estos atributos resulta revelador el mapa que, con ocasión de la publicación del Índice de Percepción de la Corrupción (en adelante, IPC) del año 2013, elaboró Transparencia Internacional (fig. 1) y que revela claramente que la corrupción está presente en la práctica totalidad de Estados del mundo, según es observado por los expertos de dichos países:

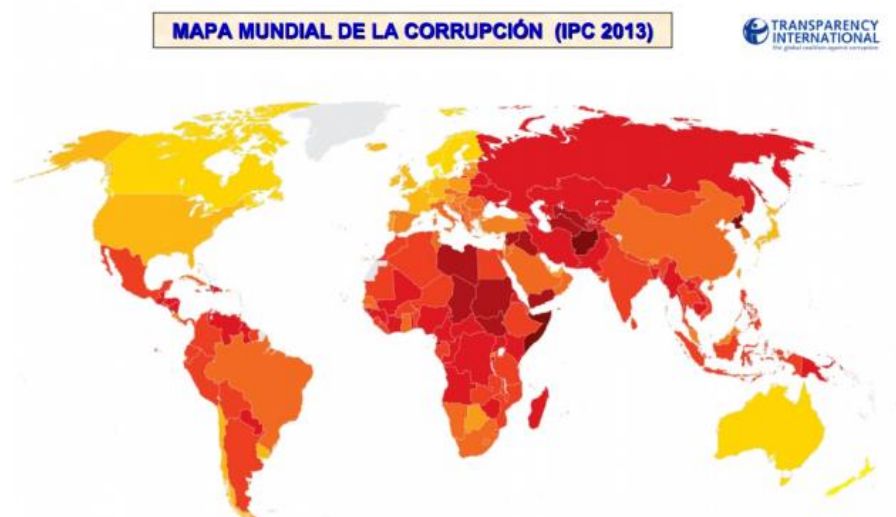


Fig. 1. Mapa mundial de la corrupción (IPC 2013). Elaborado por Transparencia Internacional.

Hay que señalar que la utilidad de herramientas como ésta se da en clave interpretativa. De esta forma, si se compara el panorama con el resultado de años anteriores, se observan algunos pequeños cambios que llevan a pensar que el grado de

¹² Información obtenida del artículo de CRUZADO, C., publicado el 24 de abril de 2013, bajo el título “Paraísos fiscales: tanto por hacer”, en CONTROLCAPITAL.NET. Fuente: www.controlcapital.net. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

¹³ En la reunión mantenida los pasados 5 y 6 de septiembre de 2013 en San Petersburgo, de nuevo el grupo de 20 países más ricos del mundo (G-20) se ha propuesto redoblar esfuerzos en la lucha contra los paraísos fiscales, como medio para erradicar prácticas delictivas como la evasión fiscal o el blanqueo de capitales. Información al respecto puede consultarse en la noticia “El G20 ultima otro asalto contra el secreto bancario y los paraísos fiscales”, publicada el 4 de septiembre de 2013 en la versión digital del diario EL PAÍS.

Fuente: economia.elpais.com/economia/2013/09/04/actualidad/1378322492_750082.html. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

percepción de corrupción se relaciona de modo directo con el nivel de crisis económica. Aunque haré referencia a esta apreciación posteriormente, diré aquí que “existe una ineludible conexión entre la difusión de la corrupción y la crisis económico-financiera de un país”.¹⁴

En referencia al aspecto global de la corrupción, como he indicado anteriormente, la nota característica del mismo es que ésta deja notar sus efectos en todos los ámbitos y sectores de una sociedad concreta. Como prueba de ello, de nuevo, puede acudir a los informes que elabora Transparencia Internacional. Tomando el Barómetro Global de la Corrupción de 2013, los análisis acerca de la percepción de la corrupción se realizan en diversos organismos y entidades, como son los partidos políticos, el poder legislativo – genéricamente considerado, con independencia de la concreta forma que adopte en cada país–, el ejército, las organizaciones no gubernamentales, los medios de comunicación, los organismos religiosos, las empresas y el sector privado en su conjunto, los sistemas educativo, judicial y de salud, la policía o los funcionarios públicos.

Se comprueba de esta manera que las conductas corruptas están presentes en el ámbito político, económico, social, religioso, judicial y tanto en la esfera pública como en la privada. Me parece conveniente añadir un ámbito en el que la corrupción ha proliferado en los últimos tiempos y que no ha sido mencionada hasta el momento. Me refiero a la corrupción en el mundo de la cultura. Sirva como ejemplo recordar las diligencias que se abrieron en España, en julio de 2011, frente a la Sociedad General de Autores y Editores por parte de la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada.¹⁵

He tratado de mostrar en estas notas introductorias que la corrupción es, efectivamente, un fenómeno sistémico, o cuanto menos, que tanto las conductas como sus efectos tienden a serlo; por cuanto la *vis* expansiva de la corrupción, favorecida por los factores reseñados previamente, puede llegar a contaminar todas las estructuras e instituciones de una comunidad o sistema social si no se utilizan los medios de

¹⁴ Argumento esgrimido por el profesor FOFFANI, L., en la conferencia “Medidas contra la corrupción pública y privada”, del Curso de verano “Armonización penal en Europa” de la Universidad del País Vasco, celebrado en San Sebastián los días 4 a 6 de septiembre de 2013.

¹⁵ La referencia puede ser consultada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012, accesible en la sección “Documentos” de la web del Ministerio Público. Fuente: www.fiscal.es. [Consultado el 26 de marzo de 2014]. En profundidad, menciona el caso la noticia titulada “La Fiscalía no descarta nuevas imputaciones en la SGAE”, publicada en la versión digital del diario LA VANGUARDIA el día 16 de septiembre de 2013. Fuente: www.lavanguardia.com. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

prevención, detección y combate adecuados. Es precisamente por todo esto por lo que considero necesario analizar posteriormente cuáles son los efectos que despliegan estas conductas en cada uno de los escenarios y ámbitos mencionados con anterioridad.

II. LOS EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN.

Si en el epígrafe anterior se ha puesto de manifiesto que la corrupción es un fenómeno sistémico, mundial y global, es evidente que también lo serán sus efectos. Así las cosas, es preciso aclarar que el estudio que se va a llevar a cabo de los mismos a continuación, se hará desde un prisma estrictamente formal, tratando de aislar el concreto efecto de otras cuestiones coyunturales que pueden afectar a la gravedad o intensidad de la corrupción, como el territorio donde se produce, el contexto político, económico o cultural del mismo o el momento histórico en el que se origina.

Una segunda matización que debe hacerse versa acerca de la sistematización que llevaré a cabo respecto de los efectos de la corrupción en este artículo. En lo sucesivo, trataré de reflejar cómo afectan estas conductas a cada uno de los ámbitos que se han puesto de relieve en el apartado anterior. Comenzaré apuntando brevemente un aspecto hoy superado por la práctica totalidad de la doctrina –los efectos positivos de la corrupción–, para después centrarme en los efectos negativos de este tipo de comportamientos antijurídicos.

1. Los llamados efectos positivos de la corrupción.

Como ya he indicado, en el contexto actual de lucha global contra la corrupción, uno de los primeros pasos que se emprendieron fue el de la superación teórica y práctica de la concepción que allá por mitad del siglo pasado se tenía acerca de los supuestos efectos positivos de la corrupción. Así las cosas, el motivo de que esta teoría hoy superada tenga un espacio en este trabajo se justifica porque, a mi entender, si la corrupción ha alcanzado tal nivel de endemia y arraigo en las sociedades, es precisamente por la pervivencia de posturas como la siguiente; amén de por los innegables y cuantiosos beneficios ilícitos que estas prácticas reportan a los actores involucrados.

Para entender tales supuestos efectos, debo comenzar previniendo al eventual lector de que ambos se incardinaban en las llamadas “tesis revisionistas”, seguidas por autores como HUNTINGTON. Éstas correlacionaban las conductas de corrupción con la

modernización de un Estado, lo cual les llevaba a asegurar que, bajo ciertas circunstancias, convenía incentivar los comportamientos corruptos, y no precisamente prohibirlos. Para el autor citado, “existe, pues, la corrupción de los pobres y la de los ricos. Unos intercambian poder político por dinero, los otros dinero por poder político. Pero en ambos casos se vende algo público (un voto, un puesto, una decisión) en beneficio personal”.¹⁶ Como se comprueba, esta forma de entender la corrupción no encuentra hoy en día justificación alguna –sobre la base de criterios de gobernanza– y ha quedado absolutamente obsoleta.

MURIEL PATINO, en uno de sus trabajos sobre el tema, trae a colación la argumentación respecto del primer supuesto efecto al que me estoy refiriendo, y señala que fue especialmente esgrimida en economías subdesarrolladas o de planificación central. Esta corriente indicaba que la corrupción “ayuda en ocasiones a mitigar la pobreza del país al permitir que algunos ciudadanos escapen a legislaciones demasiado restrictivas que les impedirían todo acceso a determinados bienes y actividades (economía sumergida, construcción ilegal de viviendas, etc.), o al mejorar los bajos salarios de los funcionarios en los países más pobres, (...) [del mismo modo] la corrupción conlleva la agilización de los trámites burocráticos (...) agilizando consecuentemente las actividades productivas y, por otro [lado], los individuos corruptos generalmente disponen de mayor renta y, por tanto, de mayor capacidad para realizar inversión productiva”.¹⁷

En el mismo sentido, MUÑOZ, citando otros autores, expone que estas posturas abogaban por considerar que la corrupción “aparecería como una manera de esquivar los costos, que debiesen asumirse como consecuencia de los errores cometidos por el Estado regulador. La corrupción se volvería así un fenómeno positivo, dado que permite que los mercados asignen de mejor modo los recursos. Esto se puede denominar, a su juicio [del autor que cita], como una corrupción expansiva que aumenta la flexibilidad y competitividad de la economía de un país”.¹⁸ Sigue este hilo argumental AEDO, quien señala que “la corrupción puede tener beneficios en algunos casos dentro de un análisis de Segundo Mejor (...) cuando la legislación vigente no ha sido basada en el «interés

¹⁶ HUNTINGTON, S. P., Orden político, 1990, pp. 64 y ss. MALEM SEÑA critica esta postura en MALEM SEÑA, J. F., La corrupción, 2002, p. 61.

¹⁷ MURIEL PATINO, M. V., en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.), La corrupción, 2003, p. 32.

¹⁸ MUÑOZ, R., Corrupción, interpretaciones y efectos económicos, en e-newsletter del Programa de Becas Internacional de la Fundación Ford, IFP, 2, 2004, p. 13. Fuente: www.programabecas.org/numero/V-7.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

social» o beneficia sólo a algunos grupos de interés, entonces la posibilidad de corrupción permite evitar esta «mala» legislación y por tanto, ella puede ser considerada como beneficiosa. Otro ejemplo, lo constituyen economías con regulaciones «excesivas» que afectan a la operación del Sector Privado».¹⁹

Así pues, los postulados fundamentales que defendían los efectos positivos de la corrupción incidían en la agilización de trámites burocráticos y en el efectivo aumento de renta disponible para facilitar la inversión productiva por parte de los individuos corruptos, cuestiones que, como se verá, están muy alejadas de las actuales tesis político-criminales que, acertadamente, defienden los efectos perniciosos de toda conducta corrupta.

2. Los efectos negativos de la corrupción.

Es momento ahora de abordar la parte central de este trabajo. Se ha mostrado cómo la corrupción del siglo XXI está presente en las distintas sociedades de un modo cada vez más intenso y, aunque no ha sido objeto de observación en este artículo, es necesario decir que cada vez son mayores los esfuerzos de los Estados, las estructuras supranacionales y las organizaciones internacionales en la prevención, detección y la lucha global contra esta clase de conductas ilícitas.²⁰ Siendo esto así, comenzaré por desarrollar los que he denominado “efectos de carácter general” de la corrupción, por cuanto afectan a los distintos ámbitos enunciados anteriormente; seguidamente, se explorarán aquellos efectos perversos que la corrupción despliega específicamente en las esferas política, económica, social-cultural, medioambiental y deportiva.

Quisiera reiterar que la clasificación o encasillamiento de los distintos efectos en una concreta categoría se lleva a cabo únicamente a fin de hacer más sencilla y clara la exposición, sobre la base de valorar en qué esfera tiene una mayor incidencia; sin embargo, en la realidad empírica las fronteras entre un efecto u otro y entre los distintos ámbitos son a menudo difusas y no siempre es fácil catalogar un concreto fenómeno o situación como de corrupción política, económica, pública o privada, entre otras.

¹⁹ AEDO, C., Reflexiones, 1996, p. 25.

²⁰ A este respecto, en el Informe Anticorrupción de la Unión Europea, remitido de la Comisión al Consejo y al Parlamento, se reconoce categóricamente que la corrupción sistémica “impide el desarrollo económico, socava la democracia, y daña la justicia social y el Estado de Derecho. (...) Afecta a la buena gobernanza, a la gestión racional del dinero público y a los mercados competitivos. En casos extremos, socava la confianza de los ciudadanos en las instituciones y procesos democráticos”. En “Report from the Comisión to the Council and the European Parliament. EU Anti-corruption Report”, p. 2. Fuente: ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

a) Efectos de carácter general.

Primero. El “efecto espiral”: Éste es quizás uno de los primeros caracteres que suelen señalarse de las conductas corruptas. Este efecto define el hecho de que la corrupción tiende a su propia expansión y suele provocar una serie de otros actos irregulares. Cuando la connivencia de dos o más agentes es necesaria para alcanzar los objetivos previstos, la corrupción tiende a extenderse, tanto en sentido horizontal como vertical. Ya se ha hecho alusión a este efecto general cuando en páginas anteriores he mencionado la *vis expansiva* de la corrupción.

Como señala MALEM SEÑA, que la corrupción tienda a su propia expansión muestra no únicamente su potencial distorsionador de las políticas públicas y de las instituciones democráticas, sino también la capacidad destructiva que posee desde el punto de vista económico.²¹

Un claro ejemplo de esta *vis expansiva* o *espiral* de la corrupción lo tenemos en el reciente “caso Milet” acaecido en España y aún en fase de investigación. Según el informe que el Fiscal Anticorrupción de Barcelona ha remitido al Juzgado de Instrucción, existen indicios de una presunta financiación ilícita de un partido político que cobraba ciertas cantidades económicas a cambio de realizar determinadas adjudicaciones a una empresa privada, pacto corrupto que se llevaba a cabo a través del “Orfeo Català”, unión de dos entidades privadas y un Consorcio de naturaleza jurídico-pública, cuya misión era la gestión y la promoción cultural del llamado Palau de la Música de Barcelona.²² Puede observarse que este caso contiene elementos que podríamos definir como de corrupción política, administrativa y en el ámbito cultural; y esto muestra que en la práctica no es tarea sencilla el deslindar los distintos elementos o conductas delictivas que integran un concreto fenómeno de corrupción.

*Segundo. La corrupción frena el desarrollo de un país:*²³ He decidido incluir este efecto en el grupo de efectos generales pues, si bien su influencia negativa es mayor

²¹ MALEM SEÑA, J. F., *Globalización, comercio*, 2000, pp. 56-57.

²² Información obtenida de la noticia “El fiscal del 'caso Palau' concluye que CDC cobró 6,6 millones en comisiones ilegales”, publicada en la web de Radio Televisión Española el día 14 de junio de 2013. Desde la misma noticia, puede consultarse el escrito remitido por la Fiscalía al órgano judicial [URL del informe: www.rtve.es/contenidos/documentos/informe_millet_fiscalia.pdf]. Fuente: www.rtve.es. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

²³ En palabras de MOKYR, J., “la corrupción es el peor enemigo del desarrollo”. Recogidas en la noticia con el mismo título, publicada en la versión digital del diario EL PAÍS el día 16 de octubre de 2010. Fuente: elpais.com/diario/2010/10/16/internacional/1287180005_850215.html [Consultado el 26 de marzo de 2014].

respecto del desarrollo económico, entiendo que la corrupción precisamente debilita hasta destruir las estructuras e instituciones que deben impulsar el desarrollo en todos los ámbitos –ya referidos en este artículo– de una comunidad social.

No cabe duda de que la corrupción afecta al desarrollo. AEDO, tomando como referencia un estudio de MAURO (1993), expone que “los países con mayor corrupción tienen una menor tasa de inve[r]sión total y privada”.²⁴ De igual modo, SCHLOSS esgrime que “la corrupción es una cuestión moral tanto como de forma de gobierno y desarrollo. Ella puede distorsionar los procesos de decisión en proyectos de inversión y otras transacciones comerciales como igualmente la estructura social de un país. Evidencias estadística bastante sólidas demuestran que la corrupción está correlacionada con: i) inversión pública elevada; ii) menores ingresos fiscales; iii) gastos de mantenimiento y operación menores; y iv) las resultantes disminuciones de calidad de las infraestructuras públicas”.²⁵

Queda patente que los autores citados, entre otros, vinculan la corrupción a la imposibilidad de desarrollo esencialmente económico, como se ha mencionado antes. En la medida en que posteriormente se valorarán los efectos de la corrupción sobre el sistema económico y la economía, baste por ahora este apunte. No obstante, concluyo tal como comencé este subepígrafe: la corrupción impide –o, cuanto menos, frena considerablemente– el desarrollo institucional y estructural de un país.

Tercero. Corrupción, pobreza y desarrollo humano: De nuevo, pudiera parecer que este efecto es puramente económico. Sin embargo, siguiendo la lógica anterior, entiendo que la pobreza se manifiesta no sólo en el ámbito económico –entendiéndola entonces como la falta de recursos para subsistir–, sino en todos los aspectos de la vida en sociedad, relacionándose negativamente también con el segundo de los elementos: el desarrollo humano.²⁶

²⁴ AEDO, C., Reflexiones, 1996, p. 25.

²⁵ SCHLOSS, M. J., Gobernabilidad, corrupción, documento accesible en la sección “Publicaciones sobre Transparencia y Corrupción” de la web de Transparencia Internacional España, p. 2. Fuente: www.transparencia.org.es. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

²⁶ Efectivamente, nivel de recursos económicos y desarrollo humano están íntimamente relacionados. Así queda patente, por ejemplo, en el Índice de Desarrollo Humano que elabora anualmente el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD– y en el cual, el ingreso nacional bruto *per capita* –estándar de vida– es uno de los tres grandes indicadores utilizados para elaborar dicho índice, junto con factores educativos y de salud. Para mayor información, consúltase la web del PNUD. Fuente: hdr.undp.org/es/content/el-%C3%ADndice-de-desarrollo-humano-idh. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

Para un cierto sector de la doctrina, la corrupción mina el desarrollo humano, acentuando la pobreza, a través de una mala gestión de los recursos públicos. Como mostraré más adelante, ello incide también sobre el ámbito político, en cuanto que minimiza la legitimidad del sistema democrático. Pero vayamos ahora a lo que nos interesa: corrupción y pobreza. Esta deficiente gestión de recursos públicos, consecuencia de la corrupción, “suele estar asociada a una mala administración pública, a la malversación de recursos estatales que impiden la prestación de servicios públicos esenciales en la vida de los pobres”. Además de esto, “la corrupción minora la representación social de los pobres (...) y aleja aún más a los más desfavorecidos de los foros de decisión”.²⁷

Asociado a esto, debe decirse también que la corrupción influye de manera negativa en la función asignativa de recursos y redistributiva de la riqueza que todo Estado tiene respecto de sus ciudadanos.²⁸ En otras palabras, la corrupción genera ineficiencias e inequidades que impiden lograr el bienestar en aquellos lugares donde se manifiesta.

Puede finalizarse, por tanto, que la corrupción genera pobreza. Esta rotunda afirmación ha sido refrendada hace escasos meses por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, NAVANETHEM PILLAY, quien ha asegurado que “la corrupción mata. La cantidad de dinero robado cada año con la corrupción es 80 veces más de lo que hace falta para alimentar a la gente que pasa hambre en el mundo. Al menos 870 millones de personas van a dormir con hambre todas las noches, muchas de ellas niños (...); los sobornos encarecen hasta en un 40% el costo total de los proyectos para abastecer de agua potable y saneamiento a todo el mundo (...). [Así mismo], se estima que entre 2000 y 2009, los países en desarrollo perdieron 8,44 billones de dólares en los flujos financieros ilícitos, diez veces más que la ayuda extranjera que reciben”.²⁹

²⁷ ALCAIDE ZUGAZA, L./LARRÚ RAMOS, J. M., Corrupción, Boletín Económico del ICE, 2917, 21 al 31 de julio de 2007, p. 38.

²⁸ Así opina AEDO al asegurar que la corrupción “distorsiona el rol redistributivo del Estado, ya que los que se benefician con el gasto público y sus programas, con sus ventajas tributarias, con las privatizaciones, con sus contrataciones, etc., no son quienes lo necesitan desde un punto de vista de redistribución sino quienes tienen mayores «contactos» con el gobierno o sus funcionarios”. En AEDO, C., Reflexiones, 1996, p. 24.

²⁹ Noticia titulada “Alta Comisionada advierte que la corrupción obstaculiza el goce de los derechos humanos”, publicada en la web del Centro de Noticias de la Organización de Naciones Unidas, el día 13 de marzo de 2013. Fuente: www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=25915#.UkG4MNKzJI4. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

También Transparencia Internacional lo ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones. Sirva de ejemplo la comparativa entre pobreza y corrupción que lleva a cabo en el Informe Global de la Corrupción 2009,³⁰ donde la ONG muestra “una correspondencia manifiesta” entre el IPC y el ingreso per capita de los países. Estima que “una mejora del IPC de un punto (sobre 10) se asocia con una mayor productividad, un incremento de los flujos de capital (...) y un aumento del ingreso promedio (...)”. Concluye, así mismo, que “estas cifras pueden ayudar a que cada país evalúe las pérdidas anuales que causa la corrupción”.³¹

Sirva como cierre de este epígrafe comentar que los comportamientos corruptos originan una serie de efectos que lesionan el correcto desarrollo de un país, originando cada vez mayores niveles de pobreza y concatenándose con la aparición de otros ilícitos y tipologías delictivas. La existencia de estos efectos generales explica la necesidad de que la ciudadanía exija responsabilidades³², en todos los órdenes, como mecanismo adecuado para luchar eficientemente contra la corrupción.

b) Efectos sobre el sistema y la legitimidad democráticos.

Dentro de esta categoría, incluiré todos los efectos que puedan catalogarse como políticos o que afecten al ámbito político y, en términos generales, aquellos que afectan a un sistema democrático. No se tratará, por tanto, de analizar la comúnmente llamada corrupción política, sino de observar qué efectos tiene una conducta corrupta sobre esta esfera político-democrática. En palabras de MALEM SEÑA, se trata de valorar “las consecuencias políticas que tienen comprometerse en prácticas tan cuestionables” como las de corrupción.³³

Primero. Corrupción y derechos fundamentales: Tomando en consideración las apreciaciones vistas hasta el momento –a falta de examinar algunas otras más que espero redunden en el mismo convencimiento–, es innegable que la corrupción afecta a los derechos básicos de las personas y a la calidad de vida de la población. También a

³⁰ Informe dedicado a la corrupción y el sector privado. Puede ser consultado en la web de Transparencia Internacional. Fuente: www.transparency.org/whatwedo/pub/informe_global_de_la_corrupcion_2009_corrupcion_y_sector_privado. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

³¹ *Ibid.*, pp. 236-237.

³² SCHLOSS indica que, para combatir la corrupción, es necesario “construir, empoderar y capacitar una sociedad civil activa que proteja los derechos del individuo y de grupos para responsabilizar a las nacientes instituciones estatales y generar un estado de derecho”. En SCHLOSS, M. J., Gobernabilidad, corrupción, p. 15.

³³ MALEM SEÑA, J. F., Globalización, comercio, 2000, p. 24.

este efecto nocivo de estas conductas se ha referido la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al asegurar que la corrupción “niega [a las personas] el derecho a la comida y en algunos casos, el derecho a la vida”.³⁴

Desde una perspectiva global, debe subrayarse la conexión entre la corrupción y la vulneración de los derechos humanos. No obstante, no se puede afirmar de forma mecánica que un acto de corrupción viola los derechos humanos sin que se realice un análisis específico del caso. De este modo, “para determinar si una práctica corrupta específica viola o no un derecho humano, es necesario establecer, primero el alcance y contenido de la obligación del derecho humano en cuestión y si deriva de una ley nacional, tratado internacional, costumbre o principios generales de ley”.³⁵

Por tanto, puede asegurarse que un acto de corrupción puede violar directamente un derecho humano, cuando una conducta corrupta se utiliza deliberadamente para infringir aquél, pero también “cuando un Estado (o una persona con una responsabilidad oficial) actúa u omite actuar de forma tal que impide que los individuos tengan acceso a ese derecho.”³⁶

En suma, he pretendido mostrar que la corrupción también afecta a la esfera más personal de los individuos –y, por tanto, no sólo a la persona como sujeto social– que viene configurada por el conjunto de sus derechos y libertades fundamentales.

Segundo. Efectos sobre la legitimidad del sistema democrático: Comenzaré este subepígrafe acudiendo al Preámbulo del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción. En él, se reconoce que la corrupción plantea graves problemas “para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”, así como que “los casos de corrupción (...) entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los

³⁴ Cita extraída de la noticia mencionada en la nota al pie número 29.

³⁵ Información obtenida del Informe “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el vínculo”, elaborado por *International Council on Human Rights Policy* y por la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, publicado en 2009 y accesible en la web del Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, pp. 28-29. Fuente: www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

³⁶ En el Informe mencionado en la nota al pie anterior, se menciona, como ejemplo, un supuesto de soborno a un juez, que afecta inmediatamente su independencia e imparcialidad y, por lo tanto, viola el derecho a un juicio justo. La cita ha sido entresacada también del mismo. En Informe “La Corrupción y los Derechos Humanos...”, p. 32.

Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados”.

También la doctrina hace referencia a este efecto perverso de la corrupción. Así, ARJONA TRUJILLO, citando a otros autores, expone que la corrupción provoca la “pérdida de legitimidad de los gobiernos (...) y de la democracia misma”. En opinión de la referida autora, esta pérdida de legitimidad trae, a su vez, otras consecuencias concatenadas; entre ellas se comprueba que optar por cargos públicos se convierte en un objetivo poco buscado y la *carrera política* puede ser vista como el espacio idóneo para conseguir beneficios privados a partir de recursos públicos.³⁷

La corrupción, además, socava la estructura social, el principio de la mayoría y las bases mismas de la democracia.³⁸ Sostiene MALEM SEÑA que el entramado integrador de redes corruptas, fruto del comercio internacional, tiene un impacto gravísimo sobre el proceso democrático. Ejemplifica la cuestión con el supuesto de una empresa transnacional que contrata con un Estado o sector afín a éste a cambio de una contrapartida corrupta. A mi juicio, la cuestión clave –también apuntada por el autor– es la desvirtuación del proceso de toma de decisiones públicas; esto es, que la corrupción provoca que las decisiones políticas dejen de tomarse atendiendo al interés general.³⁹

En esta misma línea, se pronuncia MELLA cuando reconoce que la corrupción “supone asimismo la búsqueda de rentas consistente en acceder o controlar las oportunidades de ganancias -en detrimento de los intereses colectivos- derivadas del ejercicio de «lobbying» de los grupos de presión ante las administraciones públicas”. Una Administración corrupta, por ejemplo, encontrará dificultades para seguir, en su actuación, los principios de legalidad y objetividad –recogidos, por ejemplo, en el artículo 103 de la Constitución española de 1978–. El propio autor defiende que la corrupción, por un lado, “crea inestabilidad política y lesiona la seguridad jurídica” y,

³⁷ ARJONA TRUJILLO, A. M., La corrupción política: una revisión de la literatura, Documento de Trabajo 02-14 de la Universidad Carlos III de Madrid, Serie de Economía 04, julio de 2002, pp. 33-34. Fuente: docubib.uc3m.es/workingpapers/DE/de021404.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

³⁸ La profesora BENITO SÁNCHEZ sintetiza esta idea, reconociendo que “la corrupción provoca la pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas, minando así las bases sobre las que se asienta el Estado de Derecho”. BENITO SÁNCHEZ, C. D., en: FABIÁN CAPARRÓS, E. A./PÉREZ CEPEDA, A. I. (coords.), Estudios, 2010, p. 242.

³⁹ MALEM SEÑA, J. F., Globalización, comercio, 2000, p. 52.

de otro, “empeora la imagen del país y degrada su confianza” –yo precisaría, su *confiabilidad*–.⁴⁰

En otra de sus obras, MALEM SEÑA indica que en los últimos tiempos, “el efecto polucionante del dinero sobre el proceso político se ha manifestado con una mayor virulencia”.⁴¹ También hace referencia a los efectos políticos de la corrupción –en referencia a la financiación corrupta de los partidos políticos–, y concreta⁴², en primer lugar, que la corrupción socava la regla de la mayoría que es propia de la democracia: ello es así porque cuando un gobierno toma alguna medida en cumplimiento de un pacto corrupto, deja de lado las preferencias de los votantes. En el mismo sentido, se argumenta que la corrupción corroe los fundamentos de la teoría de la representación que está en la base del ideal democrático, cuando impone que los representantes ejecuten preferentemente las órdenes de aquellos representados que más han contribuido a sus campañas electorales o a sostener económicamente al partido político al cual pertenecen. De ese modo, el sistema de voto igualitario se trastoca así en una especie de sistema de voto censitario donde determinadas preferencias valen más que otras.

La legitimidad del sistema democrático se ve debilitada, así mismo, porque la corrupción afecta también al principio de publicidad que le es propio, en sentido del correcto uso de la razón pública. Expone GARZÓN VALDÉS que “justamente porque la publicidad es un principio normativo puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político”.⁴³

Por último, pero no menos importante, en referencia a los efectos de la corrupción sobre un sistema político, ha de decirse –siguiendo de nuevo a MALEM SEÑA– que ésta ha sido siempre aducida como una excusa para los diferentes golpes de Estado en los países subdesarrollados. Y, si además se ponen en relación estos efectos con el anterior de impedimento del desarrollo, se observa que una corrupción generalizada permite el mantenimiento del *statu quo*,⁴⁴ situación generalmente muy alejada del espíritu democrático. La corrupción fomenta el inmovilismo, puesto que la intención de los

⁴⁰ Artículo de MELLA, J. M., publicado en el blog “EconoNuestra”, accesible en la versión digital del diario PÚBLICO, el 8 de marzo de 2013, bajo el título “Los costes económicos de la corrupción”. Fuente: blogs.publico.es/econonuestra/2013/03/08/los-costes-economicos-de-la-corrupcion/. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁴¹ MALEM SEÑA, J. F., La corrupción, 2002, p. 92.

⁴² *Ibid.*, pp. 120 a 127.

⁴³ GARZÓN VALDÉS, E., Doxa, 14, 1993, p. 83.

⁴⁴ ALCAIDE ZUGAZA, L., Corrupción: obstáculo, en Sección “Publicaciones sobre Transparencia y Corrupción”, accesible en la web de Transparencia Internacional-España, p. 131. Fuente: www.transparencia.org.es. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

individuos que participan de ella es precisamente continuar en esa situación beneficiosa ilícita tramada bajo el paraguas institucional del Estado. En palabras de VILLORIA/JIMÉNEZ, “la corrupción impide el desarrollo porque impide gobernar eficaz y eficientemente, es por ello el mayor obstáculo al avance económico y social”.⁴⁵

Tercero. La corrupción, una amenaza para la paz: “La corrupción incrementa el riesgo de conflicto y el conflicto incrementa el riesgo de corrupción”. Con esta contundente afirmación comienza el informe *Corruption as a threat to stability and peace* elaborado por *Transparency International* Alemania.⁴⁶ Del mismo modo, si bien es avanzar cuestiones que ya se han mencionado y otras que se abordarán a continuación, el estudio reconoce también que “la corrupción daña todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; y el derecho al desarrollo”, llegando a imposibilitar que los Estados puedan cumplir con sus obligaciones frente a los derechos humanos a causa de la corrupción.

En este orden de cosas, la corrupción también afecta a la seguridad global, especialmente en territorios post-bélicos, y en esa línea debe trabajarse por reducir la corrupción y, así, garantizar la confianza de los ciudadanos en el sistema y el uso efectivo y justificado de los recursos nacionales. Como acertadamente pone de manifiesto el mencionado informe, la corrupción no sólo genera costes en el país en conflicto en cuestión, sino también para toda la comunidad internacional, puesto que “se pierden vidas, existe gente desplazada, los vínculos comerciales se rompen, y los grupos de delincuencia organizada y terroristas tienen la oportunidad de enraizarse, exacerbando la inestabilidad”.

El estudio ofrece diversos datos y estadísticas, de entre los cuales importa sin duda alguna, la valoración que desde *Transparency* Alemania se hace de los mismos: si bien se observa una fuerte relación entre corrupción y conflictos –así como entre violencia armada y corrupción–, las evidencias no son suficientes para sostener que una es causa de la otra, o que los dos fenómenos tienen una causa común. Se afirma pues

⁴⁵ VILLORIA, M./JIMÉNEZ, F., REIS, 138, 2012, pp. 110-111.

⁴⁶ VV.AA. *Corruption*, 2014, p. 5. Todas las referencias en castellano extraídas del estudio elaborado por *Transparency International* Alemania son traducciones propias. Fuente: www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Wissen/Publikationen/Study_Corruption_as_a_Threat_to_Stability_and_Peace.pdf [Consultado el 26 de marzo de 2014].

que la corrupción, los conflictos y la inseguridad, y la debilidad de las instituciones nacionales son fenómenos independientes, si bien se retroalimentan entre sí.⁴⁷

c) Efectos sobre el sistema económico y la economía.

Se relacionarán ahora los efectos negativos que la corrupción despliega sobre el sistema económico y la economía; por ser estos, tal vez, los que revisten una mayor importancia y gravedad. Comparto las palabras de ALCAIDE ZUGAZA cuando asevera que “el análisis de la corrupción desde una óptica económica aporta elementos para el diseño de estrategias que permitan combatirla y mitigar sus efectos más dañinos”.⁴⁸

En este punto, debo retomar una consideración importante ya apuntada. Los comentarios que realizaré a continuación no serán tratados utilizando herramientas del análisis económico, sino que seguirán la lógica sociológico-jurídica utilizada hasta el momento. Dicho esto, debe resaltarse que todas las consecuencias nocivas sobre la economía que genera la corrupción se ven favorecidas por un fenómeno que es fruto de ésta: el deterioro del entorno de las actividades económicas.⁴⁹

Primero. La corrupción y la economía sumergida: Ya se ha hecho alguna alusión en este trabajo, siquiera de modo pasajero, a que una de las características de la corrupción es el oscuro velo que crea alrededor de las instituciones y estructuras donde se manifiesta. Pues bien: este matiz también se va a revelar en el ámbito económico. Dicho de otro modo, las prácticas corruptas van a favorecer el caldo de cultivo necesario para la ocultación de recursos económicos y financieros. Así, la corrupción genera “grandes cantidades de dinero opacas, que incrementan la economía sumergida⁵⁰, lo cual viene a reducir sensiblemente los ingresos públicos, originando así una mayor carga fiscal sustitutoria para el conjunto de los contribuyentes”, efecto de por sí suficientemente negativo, no obstante además, según la opinión citada, muy frecuentemente estas cantidades de recursos económicos opacos se destinan a nutrir a los ya mencionados paraísos fiscales.⁵¹ También los estudios empíricos muestran que

⁴⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁸ ALCAIDE ZUGAZA, L., Corrupción: obstáculo, p. 126.

⁴⁹ *Vid.* Noticia de la nota al pie núm. 40.

⁵⁰ A fin de aclarar el particular reproduzco el significado de “economía sumergida” según el Diccionario de la Real Academia: “actividad económica practicada al margen de los cauces legales, sin figurar en los registros fiscales ni estadísticos”. Fuente: www.rae.es. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁵¹ Opinión de LIZCANO, J. en la noticia titulada “Efectos económicos de la corrupción”, accesible en la versión digital del Diario EL PAÍS, publicada el 8 de septiembre de 2011. Fuente: elpais.com/diario/2011/09/08/opinion/1315432805_850215.html. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

existe una estrecha relación entre corrupción y economía sumergida.⁵² En suma, puede argumentarse que los recursos económicos sumergidos se caracterizan por su secreto y ocultación; factores definidores –precisamente– de los fenómenos de corrupción. Estas constataciones explican que la aparición de economía sumergida sea uno de los efectos económicos de la corrupción que revisten mayor relevancia.

Segundo. Falta de control en las “mega adjudicaciones”: La corrupción genera altos beneficios ilícitos a los intervinientes en estas prácticas. Desde otra óptica, estos beneficios provocan un *sobreprecio* en las obras o servicios públicos, lo cual puede suponer un verdadero impuesto implícito para los ciudadanos. Además de todo, las decisiones de concesión de tales obras o servicios suelen ir acompañadas de una absoluta falta de control de calidad y de la seguridad.⁵³ En el mismo sentido, la corrupción se relaciona con la realización de proyectos *faraónicos*, con fondos privados o de organismos de ayuda al desarrollo, que dan origen a cuotas altas de pagos indebidos en lugar de dedicar dichos recursos a tareas productivas.⁵⁴

Este efecto está íntimamente relacionado con los siguientes, que se verán a continuación, pero también con algunos otros que he incluido en otros epígrafes, en especial con el segundo efecto político, por cuanto estas decisiones de obras o servicios no se toman atendiendo al interés de la colectividad, sino a expectativas privadas. Los poderes públicos dejan de actuar siguiendo los principios básicos en un sistema democrático de eficacia, objetividad y sometimiento a la ley y al Derecho para buscar únicamente una ventaja privada, propia o de terceras personas.

Tercero. La corrupción es un impuesto que deben soportar los ciudadanos: Este efecto goza de un amplio consenso doctrinal. En línea con lo que viene siendo comentado, la corrupción “actúa como un impuesto perverso que premia a las actividades no productivas (depredadoras y buscadoras de rentas) de los corruptores y castiga a los talentos creativos incrementando sus costes, provee menos recursos y bienes públicos (y de menor calidad) y perjudica las bases de la inversión y, por ende, el crecimiento económico”.⁵⁵ Si relacionamos la corrupción con las distorsiones en la

⁵² Esta afirmación se contiene en la presentación titulada “La economía sumergida en España”, elaborada por la Fundación de Estudios Financieros. Documento de trabajo núm. 4, julio 2013, p. 2. Fuente: www.fef.es/new/images/IEAF/pdf/Presentaci%C3%B3n%20DdT%20N%C2%BA%204%20APIE%2012.07.13.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁵³ Vid. Noticia de la nota al pie núm. 51.

⁵⁴ MALEM SEÑA, J. F., Globalización, comercio, 2000, p. 46.

⁵⁵ Vid. Noticia de la nota al pie núm. 40.

inversión –siguiente de los efectos que serán analizados–, puede concluirse, siguiendo a ALCAIDE ZUGAZA que “la corrupción actúa como un impuesto: es un coste y un riesgo al cual se enfrentan los inversores nacionales y extranjeros”.⁵⁶ Y, evidentemente, esto lastra el crecimiento económico de un país.

Pero la corrupción también tiene efectos negativos respecto de la recaudación tributaria. La corrupción provoca una disminución en los recursos tributarios del Estado –o de cualquier Administración con capacidad recaudatoria– con relación a lo que le autoriza la legislación y respecto a lo que los órganos de ejecución del presupuesto han estimado obtener.⁵⁷ También MELLA hace referencia a esta cuestión, haciendo hincapié en que las prácticas corruptas reducen los ingresos públicos al comprometer la capacidad recaudatoria, aumentando el gasto público improductivo y limitando la capacidad inversora del Estado –si bien, como digo puede predicarse de cualquier Administración pública–.⁵⁸ Ya se ha hecho mención en este artículo al hecho de que la corrupción distorsiona el rol redistributivo del Estado; pero ello incide también en este punto, dado que el establecer un sistema progresivo de imposición se convierte en una estrategia redistributiva más del sector público.⁵⁹

Finalmente, únicamente traigo a colación aquí un comentario vertido con anterioridad: la corrupción, al desviar el gasto público de la consecución del interés general, y fruto también de la reducción de los ingresos públicos, origina una mayor carga fiscal sustitutoria a los contribuyentes, que deben llevar a cabo un mayor esfuerzo fiscal sin que ello se traduzca en un mayor bienestar social.

Cuarto. La corrupción reduce o distorsiona la inversión: Éste es otro de los efectos que más ha sido analizado desde el plano teórico y desde las experiencias prácticas.

Comenzaré mencionando los efectos de la corrupción como distorsionadora de la inversión. MELLA defiende que la corrupción, por sí misma, fomenta la inversión en

⁵⁶ ALCAIDE ZUGAZA, L., Corrupción: obstáculo, p. 127. En el mismo sentido, por todos, Orlando A. REOS expone que la corrupción “es el equivalente a un impuesto oculto a las inversiones, aunque con el agravante de no existir un conjunto de exenciones o deducciones y que el producido se concentra en unos pocos individuos en lugar de destinarse a toda la población a través de acciones del Estado”. REOS, O. A., Efectos económicos de la corrupción, Documento del Seminario Internacional “Los desafíos éticos del desarrollo”, (www.iabd.org/etica) p. 10. Fuente: ocasa.org.co/apc-aa.../Efectos_de_la_corrupcion_en_la_economia.pdf. [Consultado el 14 de octubre de 2013].

⁵⁷ REOS, O. A., Efectos económicos, p. 12.

⁵⁸ Vid. Noticia de la nota al pie núm. 40.

⁵⁹ AYALA CAÑÓN, L./SASTRE GARCÍA, M., Revista de economía, 837, 2007, p. 118.

bienes tangibles –piénsese en el espectacular desarrollo urbanístico del litoral español de las últimas décadas– frente a los intangibles, que promueven la productividad y el crecimiento de las economías; “altera la composición del gasto público en perjuicio de actividades socialmente más rentables (educación y sanidad)”.⁶⁰ Como asegura ALCAIDE ZUGAZA, cuando existe corrupción el gasto público no se distribuye equitativa ni eficientemente: no se invierte en educación, sanidad e infraestructuras.⁶¹ Y no sólo existe una distorsión en la inversión: también se constata que aquellas inversiones que se realizan son de una peor calidad, en especial, las que se refieren a infraestructuras.⁶²

Desde otro ángulo, también se observa que la corrupción genera desincentivos para invertir, frenando tanto la inversión nacional como la extranjera.⁶³ Ya se ha expuesto que la corrupción actúa como un verdadero impuesto frente a la inversión; sin embargo, carece del posible uso redistributivo de estos, ya que lo recaudado engrosará únicamente el patrimonio de unos pocos sujetos corruptos, lo que disminuye la disponibilidad de recursos económicos para las Administraciones públicas, empresas y otras instituciones. Además, la participación de entidades financieras de terceros países en los actos de corrupción multiplica y profundiza los efectos perversos de la corrupción sobre la inversión y el desarrollo del Estado afectado.⁶⁴

Entre otras cosas, los desincentivos a la inversión vienen dados por la existencia de unos mayores niveles de riesgo⁶⁵ o por la existencia de una compleja burocracia, ideada para favorecer el soborno, que lleve a las empresas a “dedicar sus esfuerzos en otra dirección que la de nuevos emprendimientos”.⁶⁶ Ahondando en esta idea, desde el punto de vista económico, la corrupción provoca un sesgo en la distribución del riesgo de las inversiones, por cuanto los más desfavorecidos habrán de soportar mayores primas de riesgo en sus decisiones inversoras.⁶⁷

⁶⁰ Vid. Noticia de la nota al pie núm. 40.

⁶¹ ALCAIDE ZUGAZA, L., Corrupción: obstáculo, p. 127.

⁶² TANZI y DAVOODI estudian la cuestión, llegando a esta conclusión. En TANZI, V./DAVOODI, H., GAPP, 21, 2001, p. 79.

⁶³ Recogido en la entrada “Corrupción y pobreza”, publicada el 20 de noviembre de 2007 en el Blog ECONOMY WEBLOG. Fuente: economy.blogs.ie.edu/archives/2007/11/corrupcion_y_po_1.php. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁶⁴ Idea obtenida de MALEM SEÑA, J. F., Globalización, comercio, 2000, pp. 45-46 y de La corrupción, 2002, p. 177.

⁶⁵ MUÑOZ, R., Corrupción, interpretaciones, E-newsletter, 2, 2004, p. 13.

⁶⁶ REOS, O. A., Efectos económicos, p. 10.

⁶⁷ MURIEL PATINO, M. V., en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.), La corrupción, 2003, p. 36.

En resumen, las actividades corruptas, de un lado, reducen la inversión al generar un complejo entramado burocrático –de nuevo, para favorecer la ocultación y el soborno–; comportándose como un impuesto para los ciudadanos, que se ven abocados a redoblar su esfuerzo fiscal para tratar de paliar el descenso de ingresos públicos para el Estado y las Administraciones. De otro lado, la inversión que se registra se centra en bienes tangibles –proliferando así la “economía del ladrillo”– en detrimento de la inversión en bienes intangibles –sanidad, educación, I+D+i; exponentes de la llamada “economía del conocimiento y del bienestar”–. En último lugar, además, la corrupción provoca una ineludible pérdida en los estándares de calidad de las inversiones, tanto nacionales como extranjeras.

Todo ello confluye en una menor transparencia y menor protección efectiva para los inversores, pero además considero esencial señalar que la corrupción afecta a otros factores clave para salir de la actual crisis económico-financiera, como son el consumo y las exportaciones.⁶⁸

Quinto. Mantenimiento de oligopolios y monopolios: La corrupción afecta negativamente a la competencia.⁶⁹ De este modo, las prácticas corruptas también hacen sentir sus efectos perniciosos poniendo barreras al comercio internacional. Si se observa detenidamente, esta obstaculización de la competencia se relaciona con la capacidad de la corrupción de mantener el *statu quo* –ya comentada en este trabajo–, en el sentido de que propicia la estabilización de una situación preexistente, impidiendo la entrada de nuevos agentes al mercado.

Esta cualidad está en la base del presente efecto: los pagos de sobornos suelen hacerse, en este ámbito, con el fin de establecer monopolios de hecho. En otras palabras, tratan de excluir del mercado a ciertas empresas que compiten con la firma comprometida en el acuerdo corrupto. Así, por tanto, exigir exclusividad a través del pago de sobornos es algo habitual –según la opinión de parte de la doctrina– en el comercio transnacional. Las consecuencias lógicas de este caldo de cultivo vienen dadas por la modificación artificiosa del ciclo económico, la imposibilidad de diversificar oferta y demanda, la alteración interesada de los precios o el control de la disponibilidad

⁶⁸ Vid. Noticia de la nota al pie núm. 40.

⁶⁹ ALCAIDE ZUGAZA es firme en esta aseveración. Defiende que “cuando la corrupción provoca desigualdad económica y/o social, una élite política acapara todos los recursos evitando la libre competencia tanto de productos como de servicios”. En ALCAIDE ZUGAZA, L., Corrupción: obstáculo, p. 130.

de existencias. Ello conlleva que el consumidor final sea quien acarree con los aspectos más negativos de la situación.⁷⁰ Se observa así que los comportamientos corruptos propician la creación y el mantenimiento de oligopolios y monopolios.⁷¹

Como cierre, puede asegurarse que es en el ámbito económico donde la corrupción se muestra especialmente agresiva y dañina. De la misma forma, no es descabellado afirmar que todas las conductas de corrupción, independientemente de la naturaleza que revistan, traen consigo repercusiones negativas de índole económica. Los acuerdos corruptos estimulan la fuga de capitales, frenan el crecimiento económico y pueden perpetuar la pobreza.⁷² Además, se asocian estos ilícitos con un mayor déficit fiscal, lo cual provoca un impacto negativo sobre las políticas de estabilización de un país, distorsiona el rol redistributivo del Estado⁷³ y aumenta los costes y los precios de los bienes y servicios, influyendo artificiosamente en la distribución de los recursos y de los ingresos.

d) Efectos en el ámbito social y cultural.

Inicio este apartado señalando que el presente y los posteriores epígrafes tendrán una extensión más breve, pues el objetivo es simplemente ilustrar al eventual lector del hecho de que las prácticas corruptas también se manifiestan en otros contextos, y que sus efectos, no por ser menos conocidos por la opinión pública son menos frecuentes o nocivos.

En primer lugar, ya he hecho referencia a que la corrupción empeora la imagen de un país y degrada su confiabilidad. Así, estos comportamientos impiden en gran medida la convivencia social y el desarrollo cultural.

La cultura es un elemento más del desarrollo social y humano. En este sentido, la UNESCO reconoce que “la cultura constituye una dimensión fundamental del proceso de desarrollo y contribuye a fortalecer la independencia, la soberanía y la identidad de las naciones”.⁷⁴ En este punto, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura ha iniciado un proyecto denominado “Batería de Indicadores en Cultura para el Desarrollo” cuyo objetivo es “identificar una serie de

⁷⁰ MALEM SEÑA, J. F., Globalización, comercio, 2000, pp. 47 a 49.

⁷¹ MUÑOZ, R., Corrupción, interpretaciones, E-newsletter, 2, 2004, p. 13.

⁷² ALCAIDE ZUGAZA, L., Corrupción: obstáculo, p. 127.

⁷³ AEDO, C., Reflexiones, 1996, pp. 22 a 25.

⁷⁴ Décimo principio de la Declaración de México sobre las Políticas Culturales de la UNESCO (1982). Fuente: portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

indicadores que expliquen cómo la cultura contribuye al desarrollo a nivel nacional, fomentando el crecimiento económico y ayudando a los individuos y las comunidades a expandir sus opciones de vida y a adaptarse al cambio”. Los indicadores se incardinan en las dimensiones económica, social, de gobernanza, de comunicación, de patrimonio, educativa y de igualdad de género.⁷⁵

La pregunta a responder, entonces, es si la corrupción afecta y de qué manera a estas dimensiones que conforman el elemento cultural de una sociedad. A este respecto, debo decir que he constatado una falta de estudios doctrinales y análisis que me permitieran llevar a cabo una exégesis de los efectos de la corrupción en estos ámbitos, si exceptuamos, obviamente, el contexto económico ya desarrollado.

Sí es posible, sin embargo, realizar un pequeño comentario acerca de la corrupción en la educación, en base a un informe elaborado por la propia UNESCO y el Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación, entre otros.⁷⁶ Según dicho informe, los efectos de la corrupción en el ámbito educativo son múltiples: a corto plazo, reduce los recursos disponibles para la educación, limita el acceso a ella – especialmente a los grupos más desfavorecidos –, deteriora su calidad y aumenta las desigualdades; mientras que a largo plazo, supone la pérdida de talentos y la difusión de una “cultura de la corrupción”⁷⁷, que redundará en la degradación del sistema.

Entrando más en profundidad, en el Informe se recogen una serie de afirmaciones que, desde mi punto de vista, deben ser traídas a colación para comprender el fenómeno de la corrupción en la educación. En primer término, se asegura que existen estudios que demuestran que en muchos países la corrupción administrativa impide el acceso a la educación a muchos niños, hecho provocado por el despilfarro y el uso desequilibrado de los recursos educativos. En segundo término, se constata que en determinados países es necesario pagar un soborno para solventar cualquier trámite, lo que puede suponer una dura carga para los más pobres y precipitar su abandono escolar. Por otro lado, “como la corrupción interfiere en los procesos de selección en todos los niveles

⁷⁵ Información obtenida de la web de la UNESCO. Fuente:

www.unesco.org/new/es/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/programmes/culture-for-development-indicators/ [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁷⁶ HALLAK, Jacques y POISSON, Muriel, Informe “Escuelas corruptas, universidades corruptas: ¿Qué hacer?”, 2010.

Fuente:

www.iiep.unesco.org/fileadmin/user_upload/Info_Services_Publications/pdf/2010/escuelas_corruptas.pdf [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁷⁷ Vid. pp. 57-58 del Informe.

(especialmente en la enseñanza superior), puede menoscabar la confianza de los empleadores y del público en general en el valor de la educación, y en especial de los títulos”. Por último, la difusión de la referida “cultura de la corrupción” envía un mensaje erróneo a las generaciones más jóvenes en cuanto a valores y actitudes.

Desde otro ángulo, pero insistiendo en el fondo, USLANER/ROTHSTEIN ponen de manifiesto que “la educación universal es una política potente para reducir las desigualdades económicas, y así reducir la corrupción”. De ese modo, “con el tiempo las grandes desigualdades educacionales entre ricos y pobres, en países que transitaron hacia una educación universal se redujeron bruscamente, si no se eliminaron”; y así, en suma, “acceder a la educación proporcionó a más gente las habilidades necesarias para encontrar trabajos bien remunerados, alejándose de confiar en estructuras de poder tradicionalmente feudales, corruptas o clientelistas”.⁷⁸

En suma, es sensato pensar que existe una relación inversa entre los niveles de educación universal y de corrupción en una sociedad concreta, demostrándose también los efectos positivos a medio y largo plazo en la lucha contra la corrupción de una adecuada política educativa.⁷⁹

e) Corrupción y medio ambiente.

Para el estudio de este punto, seguiré un Informe de Transparencia Internacional titulado “Informe Global de la Corrupción: Cambio climático”.⁸⁰ La primera cuestión que quisiera poner de manifiesto es que en el mencionado Informe se tocan muchos elementos acerca de la vinculación entre corrupción y cambio climático, por lo que remito al mismo para un estudio pormenorizado. Interesará aquí únicamente abordar los efectos de la corrupción en la lucha contra el cambio climático.

Para situar el tema, recojo una afirmación de Transparencia: “El cambio climático no representa tan sólo un desafío para los enfoques de gobernabilidad que se utilizan en

⁷⁸ USLANER, E. M./ROTHSTEIN, B., Mass Education, State-building and Equality. Searching for the Roots of Corruption, *Working paper*, 2012, p. 7. Accesible en Internet. Todas las referencias en castellano extraídas de este estudio son traducciones propias. Fuente: www.qog.pol.gu.se/digitalAssets/1375/1375959_2012_5_uslaner_rothstein.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁷⁹ El *paper* mencionado en la nota al pie anterior plasma un estudio en el que se refleja cómo el número de escolarizaciones en un país en 1870 tiene su reflejo en los niveles de corrupción de 2010. En *ibid.*, pp. 9-10.

⁸⁰ Se trata del Informe Global de la Corrupción del año 2010. Toda la información de este epígrafe ha sido obtenida del mismo. Puede ser consultado en la Sección “Índices de Corrupción Internacionales” de la web de Transparencia Internacional-España. Fuente: transparencia.org.es. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

la actualidad, sino que también trasciende las tipologías de corrupción establecidas”. Efectivamente, la complejidad y novedad del fenómeno y de las herramientas utilizadas en la lucha contra el cambio climático, hacen que los comportamientos corruptos también lo sean –no sólo recurriendo a conductas clásicas, como la apropiación indebida de fondos o el soborno en la adjudicación de contratos, sino mediante actos como la tergiversación de datos científicos, la violación de los principios de información veraz y el sostenimiento de alegaciones falsas en los informes ecológicos que avalan productos de consumo–. NAIDOO, Director Ejecutivo de *Greenpeace* Internacional reitera que, desde la experiencia de la organización, la corrupción no sólo propicia el cambio climático, sino que además detiene el desarrollo económico y social.⁸¹

De este modo, los efectos de las actuaciones corruptas en esta esfera vendrán caracterizados por la lesión en la confianza y la cooperación, aspectos indispensables en un terreno de políticas poco claras y definidas. Pero es necesario ir más allá y responder cómo la corrupción afecta a lo que Transparencia llama “buena gobernabilidad climática”. En primer lugar, estas prácticas ilícitas debilitan –de forma parcial o sustancial– las políticas medioambientales y climáticas diseñadas, deteriorando la calidad de los proyectos y permitiendo que los efectos del cambio climático afecten de un modo más severo a quienes están menos preparados para enfrentarlos. Entre los efectos ya contrastados, se encuentran:

Primero. Captura de políticas e influencia indebida: Según se menciona en el Informe, los *lobbies* y grupos de presión pueden influir negativamente en las políticas climáticas, mediante las injerencias políticas, la manipulación de los medios de comunicación y la financiación de organizaciones encubiertas. Las medidas de resistencia al cambio climático serán, pues, más costosas y menos efectivas debido a la corrupción.

Segundo. Existencia de conflictos de intereses: Como se ve, este efecto ya ha sido objeto de estudio en esta investigación. Ya se ha manifestado que uno de los riesgos potencialmente más peligrosos de la corrupción es que los agentes públicos y privados no actúen siguiendo el interés general o antepongan su propio beneficio al fin propio de su cargo, en este caso en el diseño, ejecución, implementación o evaluación de políticas climáticas.

⁸¹ Vid. Prólogo del Informe, p. 15.

Tercero. Contabilidad creativa y presentación de informes fraudulentos: Se constatan, por ejemplo, errores deliberados en el cálculo de emisiones o incluso dobles contabilizaciones de emisiones por parte de las empresas o agentes implicados en políticas climáticas. La consecuencia obvia de esto es la completa nulidad de la integridad ambiental de los procesos de reducción de emisiones.

Cuarto. Desigualdad derivada de irregularidades en la administración de recursos públicos: Genera problemas y deficiencias de sostenibilidad, en la línea ya comentada especialmente en el ámbito económico. Así, por ejemplo, COCKCROFT alerta de que el éxito de los grandes canales y proyectos puestos en marcha para luchar contra los efectos del cambio climático adolecen de una grave amenaza por la corrupción.⁸²

Quinto. Potenciación de los efectos directos del cambio climático: Generalmente, la corrupción en esta esfera va asociada a la escasez de recursos, el aumento de las desigualdades sociales –lo cual podría provocar conflictos y el desplazamiento de comunidades a gran escala– y puede llegar a originar la migración de decenas de millones de personas, con todos los riesgos a la corrupción que ello conllevaría.

En suma, los comportamientos corruptos traen aparejada una mayor vulnerabilidad de las comunidades o sociedades afectadas frente al cambio climático, además de crear presiones e influencias indebidas a la buena gobernabilidad. La corrupción puede, sin duda, frustrar todos los esfuerzos dirigidos a combatir el cambio climático.

f) Efectos de la corrupción en el ámbito deportivo.

Previamente al estudio de este epígrafe, pretendo justificar brevemente el motivo por el que he querido destacar los efectos de esta clase de conductas precisamente en la esfera del deporte y, como trataré de mostrar, concretamente del deporte profesional.

A este respecto, ha de mencionarse que el deporte ha adquirido en los últimos cien años una gran trascendencia en las sociedades occidentales, donde los deportistas de élite son observados como un espejo de cualidades y, así, la difusión pública de la competición deportiva se ve como un estímulo para mejorar la salud y otros valores. Pero es que además la competición sirve de soporte a una importante máquina mediática y publicitaria; ofertas que benefician directamente a deportistas y equipos. El conjunto

⁸² Traducción propia. Texto original en inglés: “Yet it is clear that the success of each of these major channels suffers from a major threat of corruption”. COCKCROFT, L., *Global Corruption*, 2012, p. 207.

de beneficios económicos que se derivan del deporte se completa con las apuestas y quinielas; las primeras de ellas en especial auge en la actualidad; hasta el punto de reconocerse que el 1,5% del PIB (dato de 2006)⁸³ en España está relacionado de alguna manera con el deporte.⁸⁴

Es precisamente esa vertiente económica la que ha venido a constituir el factor de atracción de determinadas prácticas indeseables al ámbito deportivo. DE VICENTE MARTÍNEZ, siguiendo a otros autores, reconoce que “el ingente movimiento de dinero que el deporte canaliza ha sido una de las principales razones que han motivado que determinadas personas quieran tomar parte y beneficiarse de la vertiente económica de la actividad deportiva, aunque para ello tengan que recurrir (...) al artificio, el engaño y la manipulación”.⁸⁵ Esta última afirmación nos sitúa en el punto que interesa para este trabajo: el deporte mueve una ingente masa de dinero –piénsese en los fichajes millonarios en el fútbol y los recursos económicos que rodean el espectáculo de la Fórmula 1, por ejemplo– y, como se ha dejado patente directa e indirectamente en este artículo, allá donde hay dinero existen riesgos –en este caso, altos– de corrupción. En este sentido, suscribo la idea de que la actividad deportiva profesional es más un negocio que un deporte.⁸⁶

Dicho esto, véanse los efectos más relevantes de la corrupción deportiva. El primero de ellos es la puesta en tela de juicio del *fair play*, esencia de la actividad deportiva. Como se ha dicho, el deporte es un espejo para la sociedad y alterar la limpieza de la competición redundaría en un daño grave, especialmente para las generaciones más jóvenes. Se habla también de que la corrupción deportiva lesiona el derecho al ocio de los ciudadanos –en este contexto, esta lesión puede conllevar además perjuicios de carácter económico, por ejemplo, para los espectadores que pagan una entrada o se abonan a un canal temático deportivo, etc.– “y, desde otro punto de vista, el

⁸³ En una noticia aparecida en la agencia EUROPA PRESS, con datos de 2012, se habla de que el deporte aporta más de un 2,5% al PIB nacional. Noticia titulada “El Gobierno destaca el valor para la ‘marca España’ del deporte, que aporta un 2,5% al PIB nacional”, publicada el 26 de julio de 2012 en la web de la agencia EUROPA PRESS. Fuente: www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-gobierno-destaca-valor-marca-espana-deporte-aporta-25-pib-nacional-20120726203550.html. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁸⁴ ROMA VALDÉS, A., Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento, 16, 2006, pp. 59-60.

⁸⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., en: el mismo, Derecho Penal del Deporte, 2010, p. 485.

⁸⁶ GARCÍA SILVERO, E. A./VAQUERO VILA, J., en: CARDENAL CARRO, M./GARCÍA CABA, M./GARCÍA SILVERO, E. A. (coords.), ¿Es necesaria?, 2009, p. 144.

respeto a las normas de la actividad del juego o apuestas —privadas y públicas—, se vería incumplido de modo flagrante”.⁸⁷

Este último aspecto introduce el elemento de las apuestas deportivas. Según datos de la Dirección General de Ordenación del Juego, entre junio y diciembre de 2012, el volumen de dinero jugado en apuestas deportivas se sitúa en torno a los 1000 millones de euros.⁸⁸ Resulta evidente entender la repercusión económica que tendrán los actos tendentes a predeterminar de forma deliberada y fraudulenta un resultado deportivo. Ello sin hablar, por ejemplo, del perjuicio económico para patrocinadores —públicos o privados—, inversores o empresas que se publicitan mediante el deporte.

En resumen, por tanto, hablamos, por un lado, que la corrupción en el deporte lesiona el conjunto de valores que el deporte aporta a la sociedad⁸⁹ —mediante la alteración fraudulenta de las competiciones, encuentros o pruebas deportivas— y, por otro, origina un impacto económico negativo a gran escala. He tratado también de dejar patente que la corrupción deportiva afecta a una multiplicidad de sujetos: desde jugadores, árbitros y jueces, hasta patrocinadores, inversores, apostantes, directivos y, en suma, al público en general, por cuanto espectador.

III. CONCLUSIONES.

La corrupción ha dejado de concebirse como un problema meramente interno que se desarrolla en el contexto de los funcionarios y autoridades públicos y que afecta únicamente al buen funcionamiento de la Administración pública. De igual modo, en los últimos años, se ha superado, gradualmente, la percepción de estas prácticas como delitos sin víctima, tolerados por la sociedad en general.

Más bien al contrario: como se ha visto, en la actualidad, la corrupción es un fenómeno globalizado y transnacional, que deberá enfrentarse necesariamente con

⁸⁷ DE URBANO CASTILLO, E., en: CARDENAL CARRO, M./GARCÍA CABA, M./GARCÍA SILVERO, E. A. (coords.): ¿Es necesaria?, 2009, pp. 25 a 29.

⁸⁸ En el Anexo estadístico “Cantidades jugadas por tipo de juego” de la Memoria Anual 2012 “El Mercado de Juego en España”, publicado por la Dirección General de Ordenación del Juego se habla de aproximadamente un volumen de 1000 millones de euros. Accesible en la web de la Dirección General. Fuente: www.ordenacionjuego.es/es/estudios-informes. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁸⁹ En opinión de RUIZ LLAMAS y de CABRERA SUÁREZ, el deporte aporta valores personales de dimensión general, psicosocial y recreativa y de aire libre; tales como el autosacrificio, justicia, respeto por las diferentes culturas, honestidad y deportividad, liderazgo y responsabilidad, uso creativo del tiempo libre y comprensión de sí mismo y de los demás, entre otros. En RUIZ LLAMAS, G./CABRERA SUÁREZ, D., Revista de Educación, 335, 2004, pp. 16 y ss.

herramientas y mecanismos igualmente globales y multidisciplinarios⁹⁰. De otro lado, el contexto de actual crisis económica y financiera ha acentuado la preocupación y la atención que presta la ciudadanía al fenómeno de la corrupción.⁹¹ Del mismo modo, la labor de sensibilización acerca de los efectos negativos de la corrupción, llevada a cabo por organizaciones como Transparencia Internacional, ha ayudado a potenciar una conciencia social que es necesaria para que la lucha contra estos comportamientos sea realmente efectiva.

Desde mi punto de vista, no obstante, una vez tomada conciencia, es necesario continuar trabajando por esta vía; potenciando ciertas líneas de actuación como son la cooperación judicial y policial y los mecanismos de recuperación de activos.

Las teorías y concepciones que predicaban efectos positivos de la corrupción han sido hoy día ampliamente superadas. En mi opinión, estaban construidas sobre planteamientos erróneos; basados en ideas como que la corrupción podía ayudar a eliminar los límites que imponen la burocracia excesiva o las deficiencias y puntos oscuros de la legislación de un determinado territorio, así como que este tipo de comportamientos podían llegar a ser beneficiosos desde el punto de vista económico.

En la actualidad, la práctica totalidad de la doctrina, la jurisprudencia y de las instituciones y organismos que estudian y encaran estas conductas, coinciden en afirmar que la corrupción origina una multitud de efectos perniciosos que se manifiestan en todas las esferas –públicas y privadas– de una comunidad. Así, la «erupción» anticorrupción es un fenómeno reciente de gran magnitud, que está teniendo un profundo efecto en nuestra forma de gobernar, de comerciar, y de criar y educar⁹² a las generaciones más jóvenes, aunque en línea con la conclusión anterior, entiendo que aún hay mucha labor por hacer.

⁹⁰ Así se reconoce, por ejemplo, en la Resolución (97) 24 del Consejo de Europa (Comité Ministerial) sobre los 20 Principios Directores en la Lucha contra la Corrupción, que recoge la siguiente afirmación: “la lucha contra la corrupción debe revestir un carácter multidisciplinar”. Puede consultarse en la web de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Fuente: unctad.org/Sections/dite/iia/docs/compendium/sp/150%20volume%206.pdf. [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁹¹ Si atendemos a los datos contenidos en el avance de resultados del Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas correspondiente al mes de enero de 2014, encontramos que “la corrupción y el fraude” son el segundo problema que, a opinión de los encuestados, existe actualmente en España. El dato está recogido en la página 4 del citado Barómetro. Fuente: http://datos.cis.es/pdf/Es3011mar_A.pdf [Consultado el 26 de marzo de 2014].

⁹² SKOL, M., en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N./ FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.): La corrupción, 2003, pp. 9-10.

La corrupción genera pobreza. Según se constata, tanto en análisis empíricos como en estudios doctrinales, los comportamientos corruptos originan fuertes desigualdades sociales que suponen un impedimento real y efectivo al desarrollo de un territorio. Además, el entramado de corrupción facilita la aparición de otras conductas ilícitas, favoreciendo su propia expansión; enturbiando la totalidad de relaciones jurídicas –tanto públicas como privadas– donde se manifiesta.

Uno de los campos de acción donde la corrupción se muestra más dañina es el político o, en suma, en la dimensión de legitimidad democrática. Estas actividades afectan negativamente a los derechos fundamentales de los individuos, pero también a los de la sociedad en su conjunto y a los derechos humanos. La corrupción lesiona el principio de la mayoría, la búsqueda del interés general por parte de los servidores públicos y propicia la pérdida de representatividad de las autoridades elegidas, cuando éstas anteponen el beneficio de unos pocos al bien de toda la comunidad.

En suma, la corrupción origina un descrédito de las instituciones y organismos a los que afecta, dado que distorsiona el correcto funcionamiento de los mismos. La corrupción mina la transparencia e imposibilita la rendición de cuentas que se precisa en todo buen funcionamiento empresarial e institucional.

Todo comportamiento corrupto tiene efectos o, cuanto menos, repercusión económica. Entre las secuelas más graves, se encuentran los desincentivos a la inversión, la pérdida de la eficiencia asignativa⁹³, los incentivos a la evasión fiscal o la distorsión del rol redistributivo del Estado. Así, se eleva el riesgo y la incertidumbre económicos, se proveen menos recursos y bienes públicos, se impide la competencia y se generan altos costes de oportunidad. Igualmente, se reduce ostensiblemente la efectividad y la calidad de toda política económica.⁹⁴ Todas estas consecuencias se reducen a un sólo resultado: el lastre del crecimiento económico.

La corrupción también afecta a la cultura. Sobre este particular, he constatado una menor producción científica. No obstante, puedo afirmar que, entre los efectos más nocivos, se encuentran el freno a la innovación y desarrollo creativo –porque se desprotege la propiedad intelectual– y el elevado coste social de la sustracción ilícita de recursos públicos.⁹⁵

⁹³ REOS, O. A., Efectos económicos, p. 9.

⁹⁴ *Vid.* Noticia de la nota al pie núm. 51.

⁹⁵ MUÑOZ, R., Corrupción, interpretaciones, E-newsletter, 2, 2004, p. 13.

Del mismo modo, la corrupción enturbia los esfuerzos de lucha contra el cambio climático. Transparencia Internacional, en su Informe Global de 2010, realiza un exhaustivo análisis al respecto. En este punto, la corrupción facilita la distorsión en la asignación y utilización de recursos públicos y, de otro lado, potencia los efectos dañinos del cambio climático, al hacer más vulnerables a los países con más alto índice de corrupción.

En la esfera medioambiental, la corrupción genera, así mismo, importantes conflictos de intereses que imposibilitan que las políticas de buena gobernanza climática puedan ser realmente eficaces.

El fraude en el deporte es, cada día más, uno de los mayores campos abonados para la corrupción. Mediante la alteración deliberada de los resultados o condiciones de una prueba, encuentro o competición deportiva no sólo se lesiona el *fair play* –y, con ello, el conjunto de valores positivos que el deporte aporta a la sociedad–, sino que se provoca, directa e indirectamente, un daño económico grave a una multitud de sujetos y plataformas que operan en el contexto deportivo: directivos, jugadores, jueces y árbitros, apostantes, empresas que se publicitan, inversores, medios de comunicación, plataformas digitales de retransmisión y espectadores, entre otros.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

- *Bibliografía impresa.*

AEDO, Cristián, Reflexiones sobre la corrupción, Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad, Bilbao, Aula de Ética. Universidad de Deusto, 1996.

ALCAIDE ZUGAZA, Laura / LARRÚ RAMOS, José María, Corrupción, ayuda al desarrollo, pobreza y desarrollo humano, Boletín Económico del ICE, 2917, 21 al 31 de julio de 2007.

AYALA CAÑÓN, Luis / SASTRE GARCÍA, Mercedes, Políticas redistributivas y desigualdad en Información comercial española, Revista de economía, 837, 2007.

BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate, en: FABIÁN CAPARRÓS, E.A. y PÉREZ CEPEDA, A.I. (coords.), Estudios sobre corrupción, Salamanca, Ratio Legis, 2010.

BOLEA BARDON, Carolina, El delito de corrupción privada, InDret, marzo 2013.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, Corrupción, globalización y delincuencia organizada, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.): La corrupción en un

mundo globalizado: análisis interdisciplinar, Salamanca, Ratio Legis, 2003.

COCKCROFT, Laurence, *Global Corruption. Money, Power, and Ethics in the Modern World*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2012.

DE URBANO CASTILLO, Eduardo, ¿Están tipificados actualmente los fraudes deportivos? Compras de partidos, primas a terceros y sobornos arbitrales ante el Código Penal vigente”, en: CARDENAL CARRO, M./GARCÍA CABA, M./GARCÍA SILVERO, E. A. (coords.), ¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?, Murcia, Laborum, 2009.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, Conductas relacionadas con el deporte sancionadas a través de tipos penales de nuevo cuño: la propuesta de un nuevo tipo penal de fraude en las competiciones deportivas, en: el mismo, *Derecho Penal del Deporte*, cap. VII, Barcelona, Bosch, 2010.

GARCÍA SILVERO, Emilio A./VAQUERO VILA, Jorge, Iniciativas para la reforma del deporte profesional y la represión del fraude deportivo en España, en: CARDENAL CARRO, M./GARCÍA CABA, M./GARCÍA SILVERO, E. A. (coords.), ¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?, Murcia, Laborum, 2009.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14, 1993.

HUNTINGTON, Samuel P., *El orden político en las sociedades en cambio* (trad. MAZIA, Floreal), Buenos Aires, Paidós, 1990.

KINDHÄUSER, Urs: Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán, *Revista Política Criminal*, 3, 2007.

MALEM SEÑA, Jorge Francisco, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.

— *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.

MURIEL PATINO, María Victoria, Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, 2003.

ROMA VALDÉS, Antonio, Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el derecho penal español, Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento: Deportes, juegos de azar, entretenimiento y música, 16, 2006.

RUIZ LLAMAS, Guillermo y CABRERA SUÁREZ, Dolores, Los valores en el deporte, Revista de Educación, 335, 2004.

SKOL, Michael, Presentación, en: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.), La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar, Salamanca, Ratio Legis, 2003.

TANZI, Vito y DAVOODI, Hamid, Corrupción, inversión pública y crecimiento, Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas, 21, mayo-agosto 2001.

VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos, Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS), 138, abril-junio 2012.

■ *Recursos electrónicos.*

- * Agencia EUROPA PRESS: www.europapress.es.
- * Asociación “Foro Generación del 78”: www.forog78.org.
- * Blogs Diario PÚBLICO: blogs.publico.es.
- * Capítulo colombiano de Transparencia Internacional:
www.transparenciacolombia.org.co.
- * Capítulo peruano de Transparencia Internacional:
www.proetica.org.pe.
- * CCN: www.controlcapital.net.
- * Centro de Investigaciones Sociológicas: www.cis.es.
- * Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos: www.ichrp.org.
- * Corporación OCASA: www.ocasa.org.co.
- * Diario digital INFORMACIÓN.ES: www.diarioinformacion.com.
- * Diario EL PAÍS: www.elpais.com.
- * Diario LA NUEVA ESPAÑA: www.lne.es.
- * Diario LA VANGUARDIA: www.lavanguardia.com.
- * Dirección General de Ordenación del Juego. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas: www.ordenacionjuego.es.
- * Documentación Universidad Carlos III de Madrid: docubib.uc3m.es.

- * Economy Weblog: economy.blogs.ie.edu.
- * Fiscalía General del Estado: www.fiscal.es.
- * Fundación de Estudios Financieros: www.fef.es.
- * Organización de Naciones Unidas:
 - Centro de Noticias de la Organización de Naciones Unidas: www.un.org.
 - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: unctad.org.
 - Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen: www.unodc.org.
 - Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: hdr.undp.org.
 - UNESCO: www.unesco.org.
 - ♦ Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación: www.iiep.unesco.org.
- * Programa de Becas Internacional de la Fundación Ford, IFP: www.programabecas.org.
- * Radio Televisión Española: www.rtve.es.
- * Real Academia Española: www.rae.es.
- * The Quality of Government Institute. University of Gothenburg: www.qog.pol.gu.se.
- * Transparency International: www.transparency.org.
 - Transparencia Internacional-España: www.transparencia.org.es.
 - ALCAIDE ZUGAZA, Laura, Corrupción: obstáculo al crecimiento y a la competitividad, en Sección “Publicaciones sobre Transparencia y Corrupción” (Transparencia Internacional-España).
 - SCHLOSS, Miguel J., Gobernabilidad, corrupción y desarrollo. Experiencias internacionales para transitar del dicho al hecho, documento accesible en la sección “Publicaciones sobre Transparencia y Corrupción” (Transparencia Internacional-España).
 - VV.AA.: *Corruption as a threat to stability and peace*, Berlín, Transparency International Deutschland e.V., febrero 2014 (Transparencia Internacional Alemania).
- * Unión Europea: europa.eu.

II.LEGISLACIÓN

Nueva regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) española sobre el principio de Justicia universal y el de personalidad o nacionalidad tras reforma efectuada por la LO 1/2014, de 13 de marzo

El art. 23 LOPJ ha sido profundamente modificado por el art. único de la LO 1/2014, de 13-3, cambiando los aps. 2, 4 y 5 y añadiendo un ap. 6 a dicho art. 23, que queda con la siguiente redacción:

“2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los Tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. [...]

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

- a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.
- b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

- 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.
- c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:
- 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,
 - 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.
- d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.
- e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:
- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
 - 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;
 - 3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;
 - 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;
 - 5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;
 - 6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;
 - 7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,
 - 8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.
- A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.
- f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:
- 1.º el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,
 - 2.º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

- g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.
- h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.
- i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:
 - 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,
 - 2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.
- j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.
- k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:
 - 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
 - 2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
 - 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
 - 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.
- l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:
 - 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
 - 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,
 - 3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.
- m) Trata de seres humanos, siempre que:
 - 1.º el procedimiento se dirija contra un español;

- 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
 - 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
 - 4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.
- n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:
- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
 - 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
 - 3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,
 - 4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.
- o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:
- 1.º el procedimiento se dirija contra un español;
 - 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;
 - 3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;
 - 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,
 - 5.º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.
- p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.»

5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
- b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:
 - 1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,
 - 2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.”

Antes de la reforma por la LO 1/2014, de 13-3, los aps. 2, 4 y 5 del art. 23 LOPJ, tenían la siguiente redacción:

“2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querella ante los Tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. [...]

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo.”

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) I Congreso Nacional Penitenciario Legionense

Sobre **“Prisión, sociedad y normas penales: un equilibrio inestable”**. **8 y 9 de mayo de 2014**. Facultad de Derecho, Universidad de León, España. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de León, la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la FICP. Acceso abierto. Posteriormente, en la web www.ficp.es en Actas de Congresos y Seminarios, se publicará el material escrito resultante de este Congreso.

El cartel y el programa del congreso se encuentran disponibles en la página web www.ficp.es en la pestaña de Noticias y Cursos/Próximos cursos.

(ii) XVII Seminario-Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

Sobre **“Derecho penal general y de empresa”**. **Junio de 2014**. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España. Director: Prof. Dr. h. c. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de honor de la FICP y Catedrático de Derecho Penal. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP. Coordinadores: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Dr. J. Zamyr Vega Gutiérrez y Prof. E. Luzón Campos.

Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el patronato de la FICP e invitados. Posteriormente, en la página web www.ficp.es, en la pestaña de Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios, se publicarán el programa y las Actas del Seminario, con las ponencias y las relaciones de los debates, como ya se ha hecho con las ediciones anteriores.

(iii) Curso sobre Corrupción y Derecho Penal

24 y 25 de julio de 2014. Universidad C. M. del Rosario, Bogotá, Colombia. Dir. Prof. Dr. Jaime A. Lombana Villalba. Ponentes: Profs. Dres. D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. Lombana Villalba, y Profs. E. Luzón Campos y otros. El programa y detalles se publicará más adelante en la página web www.ficp.es en la pestaña de Noticias y Cursos/Próximos cursos.

(iv) XV Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

Sobre **“Neurociencias y Derecho Penal”**. **11 y 12 de septiembre de 2014**. Facultad de Derecho, Universidad de León, España. Directores: Profs. Dres.

Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP. Acceso abierto.

1. Jueves 11/09/2014 (tarde): Prof. Dr. Daniel González Lagier, TU (acr. CU) de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante: “El lugar de la neurociencia en la discusión sobre el libre albedrío y la responsabilidad”. Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña, CU de DP de la Universidad de Alcalá: “Culpabilidad: libertad y neurociencias”.
2. Viernes 12/09/2014 (mañana): Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, CU de DP de la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo): “La libertad y su contexto: El sentido del debate actual sobre el determinismo en el Derecho penal a la luz de las neurociencias”. Prof. Dr. Camilo José Cela Conde, CU de Filosofía Moral de la Universidad de las Islas Baleares: “Los valores en el cerebro: de las neuronas a los juicios”.

Se admiten comunicaciones (aunque no suele haber tiempo para defenderlas públicamente). Posteriormente, en la página web www.ficp.es, en la pestaña de Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios, se publicarán el programa y las Actas del Seminario, con resúmenes y relaciones de los debates, como ya se ha hecho con las ediciones anteriores. Inscripciones a través del correo electrónico: jagara@unileon.es.

(v) Congreso Internacional sobre Prevención de Errores Médicos y Efectos Adversos

18 y 19 de septiembre de 2014. Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, Universidad de Vigo, España. Director: Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal, Catedrático de Derecho Penal. Inscripciones y dirección de contacto: Prof. Dra. Marta García Mosquera, mmosquera@uvigo.es.

El programa del congreso se publicará más adelante en la página web www.ficp.es en Noticias y cursos/Próximos eventos.

2. Campaña de difusión

Este año 2014 se hará una amplia campaña de difusión de la FICP. En el caso de los países latinoamericanos se explicará a los interesados que ya se dispone de la posibilidad, para muchos más sencilla y económica, de pago de las cuotas mediante tarjeta de crédito.

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)

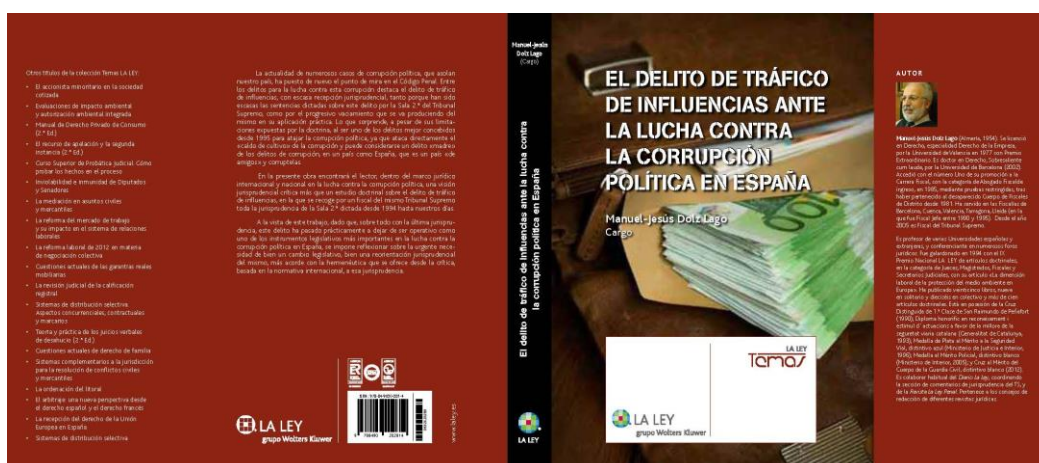
- 17 de enero de 2014: acto de solemne investidura como **Doctor *honoris causa*** por la Universidad de Salamanca del Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. **Don Francisco Muñoz Conde**, catedrático de la Univ. Pablo Olavide de Sevilla y socio de la FICP; actuó como padrino el Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, catedrático y ex Rector de la Univ. de Salamanca y socio de la FICP.

2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

- **Patronos** (con asterisco los patronos):
 - Luzón Peña, Diego-Manuel*, Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales, Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP), 2013-1 (www.ficp.es), pp. 28-63.
 - Luzón Peña, Diego-M.*(dir.)/Díaz y García Conlledo, M.* (coord.)/de Vicente Remesal, J.*/Paredes Castañón, J. M.*/Olaizola Nogales, I.*/Trapero Barreales, M.* (Supervisora), Código Penal. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Vicente de Gregorio, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo. Madrid, Ed. Reus 2013 (nov.).
 - Luzón Peña, Diego-M.*(dir.)/Díaz y García Conlledo, M* (coord.)/de Vicente Remesal, J.*/Paredes Castañón, J. M.*/Olaizola Nogales, I.*/Trapero Barreales, M.* (Supervisora), Código Penal. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Vicente de Gregorio, Francés, Escobar. Libro electrónico (e-Book). Edición septiembre 2013, Madrid, Las Rozas, La Ley Ed. Wolter Kluwers, 2013.

- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades, Revista de Derecho Penal (dir. E. Donna) 2013-2: Derecho penal de los negocios y de la empresa I, Buenos Aires, Rubinzal, 2013, pp. 93-117; tb. en: E. Demetrio Crespo (dir.)/M. Maroto (coord.), Crisis económica y Derecho Penal, Madrid/ Buenos Aires-Montevideo, Edisofer/B de F, 2014.
- **Socios** (con asterisco los socios):
- Carpio Delgado, Juana del*, Análisis crítico sobre la regulación de los delitos de robo en Proyecto de 2013 de reforma del Código Penal, Diario La Ley, 8300, de 29-04-2014.
 - Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Valor de las declaraciones ante la policía: simple denuncia. Requisitos para dotar de eficacia probatoria a las declaraciones prestadas durante la instrucción, Diario La Ley, 8201, 28-11-2013.
 - Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Padrón Benítez, Diputado autonómico canario y Alcalde de Valverde del Hierro. Prevaricación administrativa con malversación de caudales públicos en concurso medial, Diario La Ley, 8201, 28-11-2013.
 - Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Doctrina jurisprudencial sobre el delito de quebrantamiento de medida: características del tipo objetivo y subjetivo: conocimiento de la medida y su incumplimiento consciente, Diario La Ley, 8201, 28-11-2013.
 - Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Matas y su asesor externo Alemany, Diario La Ley, 8201, 28-11-2013.
 - Dolz Lago, Manuel-Jesús*, De la vida y la muerte: privación de libertad de los enfermos muy graves incurables y algunas patologías jurídicas, Diario La Ley, 8280, de 27-03-2014.
 - Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Pruebas de ADN en el proceso penal: crónica de una muerte anunciada gracias a la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS que desconoce lo que es el ADN no codificante, Diario La Ley, 8284, de 02-04-2014.
 - Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Adaptación de sentencia extranjera: interpretación del art. 10 del Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, Diario La Ley, 8284, de 02-04-2014.
 - Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Utilización de cámara oculta en un reportaje periodístico de investigación para conocer las circunstancias que rodeaban la práctica de abortos por una clínica privada homologada administrativamente, Diario La Ley, 8284, de 02-04-2014.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Delitos de corrupción política: aspectos concretos, Diario La Ley, 8284, de 02-04-2014.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro, Diario La Ley, 8290, de 10-04-2014.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica), Madrid, La Ley Actualidad, 2014.



- Dolz Lago, Manuel-Jesús*/Sequeros Sazatornil, Fernando, Delitos societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores, 3ª ed, Madrid, La Ley Actualidad, 2014.
- Francés Lecumberri, Paz*, traducción de la obra: Guagliardo, Vincenzo, De los dolores y las penas: ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia, Madrid, Traficantes de Sueños, 2013. Disponible también en la siguiente dirección:
http://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map38_de_dolores.pdf
- Laurenzo Copello, Patricia*/Durán Muñoz, Rafael (coords.), Diversidad Cultural, Género y Derecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Machado Ruiz, Mª Dolores*, Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos, en: Laurenzo Copello, Patricia*/Durán Muñoz, Rafael (coords.), Diversidad Cultural, Género y Derecho, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 605 y ss.
- Maqueda Abreu, Mª Luisa*, El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres, en: Laurenzo Copello, Patricia*/Durán Muñoz, Rafael (coords.), Diversidad Cultural, Género y Derecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 571 y ss.

- Rueda Martín, M^a Ángeles*, La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen. (Especial consideración a la disponibilidad de la propia imagen del menor de edad en el ciberespacio), Revista para el análisis del Derecho InDret penal, 4, 2013.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

– Ponencias en seminarios, congresos o cursos. Conferencias:

- 20 de marzo de 2014. Ponencia del socio Prof. Francisco Javier Álvarez García: “La prisión permanente”. Congreso “El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI”, organizado por la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla (España).
- 20 de marzo de 2014. Ponencia del patrono Prof. Miguel Díaz y García Conlledo: “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Congreso “El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI”, organizado por la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla (España).
- 21 de marzo de 2014. Ponencia del Presidente de Honor de la FICP Prof. Diego-Manuel Luzón Peña: “Administración dealeal no societaria y societaria”. Congreso “El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI”, organizado por la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla (España).
- 21 de marzo de 2014. Ponencia de la socia Prof. Patricia Laurenzo Copello: “El delito de aborto”. Congreso “El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI”, organizado por la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla (España).
- 4 de abril de 2014. Ponencias de la socia Prof. M^a Ángeles Rueda Martín: “Un ejemplo de reforma del Código penal que ‘calma inquietudes’: la nueva protección penal de la libertad y de la intimidad” y “La desaparición del Libro III del Código penal: ¿una decisión acertada?”. Jornadas sobre la reforma del Código penal, organizadas por la Facultad de Derecho y la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza (España).

– Organización de seminarios y congresos:

- 20 y 21 de marzo de 2014. Congreso “El Derecho Penal ante los retos del siglo XXI”. Organizado por la Universidad Pablo de Olavide (dirección académica: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Francisco Muñoz Conde). Sevilla (España).
- 4 de abril de 2014. Jornadas sobre la reforma del Código penal, organizadas por la Facultad de Derecho y la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de

Zaragoza (coordinación: Prof. Dra. M^a Ángeles Rueda Martín). Zaragoza (España).