Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2018-2

(septiembre 2018)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

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

Coordinadora General: Prof. Dra. D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.
Socia y coordinadora de la FICP. Profesora visitante e investigadora.
Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación general:
Prof. Dr. Dr. h. c. D. Javier de Vicente Remesal.
Presidente de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo. España
Prof. Dr. Dres. h. c. D. Miguel Díaz y García Conlledo.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. España.
Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo. España.
Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas.
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Alcalá, Madrid. España.
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez.
Socio de la FICP. Investigador contratado y Prof. Ayudante Doctor.
Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación técnica:
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.
Prof. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona.
Maestría en Derecho Penal por Univ. Eafit, Medellín, Colombia. Socia de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

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

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

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

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

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

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

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

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 6

1. Opinión/debate 6

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona 6
Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?

2. Estudios 24

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona 24
Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad

Dr. Diego Olivera Zapiola 51
La autoincriminación del imputado a la luz del art. 294 inc. 8° del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires –conf. texto ley 12.405–

Prof. Giuseppe De Angelis 72
Crimen organizado: prevención y represión en la perspectiva italiana y europea

Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza 86
Secreto militar y responsabilidad por su revelación

Alfonso Allué Fuentes 101
Dimensiones jurisprudenciales del delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal

Rocío Gutiérrez Gallardo 113
La prueba de ADN en el proceso penal

Inmaculada Serrano Pérez 123
La víctima en el proceso penal

Comunicaciones presentadas al XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá 139

Alfonso Allué Fuentes 139
El tratamiento penal de los delincuentes con trastorno de personalidad

M.ª Ángeles Alonso Benito 150
Falsificación en documento, prueba pericial caligráfica

M.ª Luisa Álvarez-Castellanos Villanueva 163
Delito de corrupción deportiva

Patricio Arribas y Atienza 172
El delito de sedición propio de la navegación aérea

Rosario Barrado Castillo 186
La dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23/01/2018

Ana Isabel Betrán Pardo 199
Las grabaciones de conversaciones orales directas entre particulares como medio de prueba en el proceso penal

Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio 215
Régimen disciplinario en Derecho Penitenciario

Antonio José Bueso Alberdi 230
Las intervenciones corporales. Principio de proporcionalidad

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas 238
La alevosía. Breve estudio jurisprudencial

Prof. Marta Escudero Muñoz 248

La cualificación del asesinato por la circunstancia del art. 139.1.4 CP. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito
M.ª Mercedes Fernández Saldaña 262
La corrupción y el futuro
Amalia Fustero Bernad / Patricia Medina Pérez 279
La cooperación jurídica europea
Victoria Gallego Martínez 287
Dispensa del art. 416 LECrim en delitos de violencia contra la mujer y respuesta jurisprudencial
Ildefonso Manuel Gómez Padilla 300
El partícipe a título lucrativo en el proceso penal
Rocío Gutiérrez Gallardo 321
El decomiso tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo
Carmen Lapuerta Irigoyen 333
El delito de maltrato animal
Diego Martín Fernández 344
De la relevancia del dato y el requisito del perjuicio en el delito de revelación de secretos del artículo 197.2 del Código Penal español
M.ª Teresa Rivas Padilla 353
El visado colegial de los proyectos de edificación, construcción y urbanización. Significación penal
Prof. Susana Román Corbacho 361
Violencia o intimidación como elementos del tipo de agresión sexual: su incidencia en el principio de proporcionalidad
Sacramento Ruiz Bosch 369
El delito de sustracción de menores
M.ª Adoración Ruiz Rodríguez 377
Menores víctimas y testigos de la violencia familiar
Daniel Sánchez Romero 389
Las nuevas tecnologías y los delitos informáticos tras la reforma de la LO 1/2105
Inmaculada Serrano Pérez 405
La dispensa a no declarar del art. 416 LECrim en los procedimientos de violencia de género
Julia Serrano Trigueros 419
Delitos de discriminación
Silvia Vivó Cabo 432
Tutela judicial efectiva: derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

3. Comentarios de jurisprudencia 441

Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago 441
Revocación de la condena de agresión sexual a favor del abuso sexual a pesar de confirmar el concurso real por delito doloso de lesiones

II. NOTICIAS DE LA FICP 455

1. Congresos, seminarios y cursos 455

2. Publicaciones de la FICP 464

3. Renovación del cargo de Secretario de la FICP 467

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 468

1. Distinciones, galardones; grados académicos 468

2. Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP 479

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 509

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Opinión/debate

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco/EHU. Director Cátedra Genoma y Derecho Humano, Univ. de Deusto/UPV. Socio de la FICP.

~Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?*~

Resumen.- Reabierto el debate sobre la maternidad subrogada, el autor presenta la situación legal en nuestro país. Expone las posiciones encontradas que la problemática abre en órganos administrativos y judiciales, la confusión que ello ha generado y su efecto más nocivo, a saber: los ciudadanos/as españoles acuden al extranjero para conseguir descendencia por este medio, inscribiendo a los hijos como propios, en contra y en fraude de ley. En el estudio se abordan varias de las posiciones sobre este asunto en nuestro país: Sociedad Española de Fertilidad, proposición de ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos y el Comité de Bioética de España, del que incluye el autor su propio voto particular en cuanto vocal de este Comité. Para finalizar nos propone como solución dos vías: 1º asegurar que el marco legal actual sea respetado; 2º que se reforme nuestra legislación con el fin de admitir el recurso a la maternidad subrogada en algunos casos, pues representa valores también positivos, como la solidaridad y el altruismo. Palabras clave: maternidad subrogada/ legislación sobre reproducción humana asistida/ valores de la maternidad subrogada/ Bioética/Comité de Bioética de España.

I. PRESENTACIÓN

Pocos asuntos de interés público están suscitando tantos posicionamientos encontrados en la actualidad como la maternidad subrogada[1]. Llama particularmente la atención que estas posturas no pueden ubicarse fácilmente recurriendo a las adscripciones ideológicas que podríamos denominar clásicas: las llamadas progresistas, a favor, y las llamadas conservadoras, en contra, por ejemplo. Este procedimiento de adscripción no nos sirve en absoluto en nuestro caso. Sin duda un síntoma saludable romper con ese manido tópico de clasificar a las personas y a las colectividades de forma tan simplista y llena de prejuicios.

---

* Artículo publicado en Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades Nº 8, febrero-marzo 2018.ISSN 2462-2753

[1] Utilizo en este estudio la expresión maternidad subrogada, porque es la más extendida en la actualidad en nuestra lengua, sin encontrarle ninguna proyección taxonómica objetable relevante. Pero también encuentro correcta la de gestación por sustitución, que presenta la ventaja de que es la utilizada por la Ley española. No me pronuncio sobre otras expresiones, pero son realmente discutibles, como madre de alquiler, vientre de alquiler, útero de alquiler y otras similares. Como sabemos, el uso de las palabras no suele ser neutro.

La maternidad subrogada nos trae una sorprendente quiebra de estos alineamientos que deja un espacio para la reflexión libre y racional, lo que nos permite analizar con cierta serenidad el verdadero fondo de la cuestión. Tales afanes clasificatorios es claro que nos suelen dar seguridad y tranquilidad, pues podemos así "colocar" a cada uno donde le corresponde según nuestros propios arquetipos y prejuicios –individuales y colectivos- . Por ello se hace aún más curioso que veamos en sintonías semejantes –eso sí no admitidas, y, por supuesto, "sin que sirva de precedente"- a quienes censuran la maternidad subrogada porque supone una explotación de la mujer gestante, al atentar contra su dignidad (en un tono moralizante, aunque no se reconozca) y degradarla así a la situación de una "vasija", según alegan otros.

Podríamos preguntarnos si con este etiquetado tan "genial" no se está degradando ya previamente a las mujeres, antes de ser gestantes, al menos a aquéllas que adoptaron su decisión de "recipiente" fisiológico-emocional durante nada menos que nueve meses, para ceder después el "contenido" a otras personas, con independencia de que se les haya retribuido o no. Ya que estas posiciones parecen partir de la convicción de que las mujeres adultas son incapaces de tomar decisiones autónomas y reflexionadas, pues el argumento se apoya en que sus necesidades económicas son aprovechadas por otros para explotarlas o también sus objetivos de lograr una cierta holgura patrimonial, al menos durante un tiempo.

En el otro extremo nos encontramos las posiciones que reclaman la validez de la maternidad subrogada como expresión de una autonomía ilimitada de las personas; es decir, el acuerdo entre las partes (la madre gestante y los comitentes) no debe estar sometido a restricción alguna, en las que se incluye: fijar libremente un precio; imponer todo tipo de limitaciones en el estilo de vida de la gestante; no aceptar el niño si no ha nacido sano y sin deformaciones; que no sea requisito la existencia de un problema previo de fertilidad en los comitentes (p. ej., infertilidad patológica o estructural/funcional, en el caso de parejas homosexuales), etc., a cambio del precio que fije el mercado (la oferta y la demanda). Son posiciones ultraliberales, que tienden a aprovecharse de una situación de desigualdad entre las partes, casi siempre en detrimento de la mujer gestante y en ocasiones sin ponderar la irrenunciable prevalencia del interés superior del futuro hijo, el cual no debe estar subordinado a ningún otro.

II. LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

Cuando España se dotó de una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida2[2] se introdujo la regulación sobre la maternidad subrogada. Lo que esta Ley denominaba gestación por sustitución era tenida por un contrato nulo de pleno derecho, por tanto ilícito y sin ningún efecto legal, entendido aquél como la gestación de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, haya mediado o no precio (art. 10.1). De forma coherente con las previsiones del Código Civil, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución se determinaría por el parto, según aclaraba la Ley (art. 10.2). Por otro lado, no había previstas sanciones específicas para los profesionales y los centros, públicos o privados, que practicasen en nuestro país estas intervenciones, pero permanecían abiertas otras más genéricas que incluía la Ley.

Hace treinta años esta regulación, que excluía sin excepción el reconocimiento de cualquier efecto legal a la maternidad subrogada, era tenida por prudente por una gran mayoría de los juristas que se ocupaban, aunque fuera circunstancialmente, de lo que hoy conocemos como Bioderecho. En esta actitud pudieron influir varios factores, entre ellos, que este procedimiento reproductivo era entonces verdaderamente excepcional, por un lado. Por otro, llegaban a la opinión pública, a los ciudadanos, noticias de casos de subrogación acaecidos en el extranjero realmente conflictivos, con irreconciliables enfrentamientos, por lo general entre gestantes y comitentes. No pocos de estos conflictos estuvieron sometidos a interminables procesos judiciales durante los cuales los niños nacidos en esas circunstancias pasaban, por orden judicial, a manos de unos a otros progenitores. Esto generó, aparte de estos problemas, otros también frecuentemente graves. De este tenor fue el llamado caso Baby M[3] que, recordemos: a pesar de ser declarado nulo el contrato de subrogación y la niña, como consecuencia, ser adjudicada a la mujer gestante, sucedió que al haber permanecido ésta bajo la custodia de la pareja comitente durante los dos años que se prolongó el litigio, el juez decidió entregarla legalmente a éstos, sin perjuicio de reconocer a la gestante el derecho de visita.

La instrumentalización objetiva a la que se veían sometidos los hijos en discusión, suscitó una enorme insatisfacción. Así que para evitar este tipo de situaciones en

[2] Ley 35/1988, de 22 de noviembre.
[3] Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de New Jersey de 3 de febrero de 1988.

nuestro país, si se legalizaba la maternidad subrogada, se recomendaba no modificar la regulación partiendo de la premisa de que la ley no podría ser eficaz para resolver todos los conflictos que pudieran emerger con su práctica.

Pues bien, este régimen legal es el que pervive en la actualidad, sin alteraciones en la regulación vigente de las técnicas de reproducción humana asistida[4]. Hace doce años se percibía ya que la situación estaba cambiando: apenas se producían en el extranjero casos judiciales relacionados con la maternidad subrogada, lo que indicaba que los modelos de los contratos entre las partes habían mejorado considerablemente. Se contemplaban las distintas situaciones que podían generar problemas, incluso la evitación de su judicialización, aportando las soluciones pertinentes; en gran medida gracias a las iniciativas de las agencias mediadoras, mejor asesoradas por sus abogados. Me refiero sobre todo a los Estados Unidos y, dentro de éstos, al Estado de California.

En nuestro país ya se iba teniendo información de parejas y de personas solas (varones, pero también algunas mujeres) que habían acudido al extranjero para beneficiarse de esta técnica mediante la retribución correspondiente, procediendo a inscribir el hijo como propio en el registro consular competente, con independencia de que hubieran aportado o no su propio material reproductivo. Pero por entonces no dejaban de ser casos todavía aislados, y no parecía que hubiera necesidad de abrir la caja de Pandora, pues aún no se sabía qué podría llegar a ocurrir. No debemos olvidar que continúa siendo una especialidad médica cubierta en gran parte por el sector privado, el cual hay que reconocer que ha ejercido constantes presiones a las autoridades para ampliar opciones reproductivas de todo tipo, acudiendo en ocasiones a argumentos tan poco convincentes como impactantes para el profano, como argüir su deseo prioritario de ayudar a tener hijos a sus pacientes y de su obligación ética de atender en este sentido los deseos de maternidad/paternidad de los mismos.

En poco más de una década el panorama ha cambiado sustancialmente en nuestro país: es creciente la búsqueda por parte de nuestros ciudadanos de soluciones a sus deseos reproductivos en otros lugares que han tolerado o reconocido legalmente la maternidad subrogada, estén motivados –lo que sigue siendo lo más frecuente- o no por problemas de fertilidad.

[4] Ley 14/2006, de 26 de mayo, art. 10.

Nos hemos encontrado, además, con un cambio jurídico importante que ha dado lugar, en no pocas ocasiones, a la confusión legal de la filiación de los hijos nacidos por esta técnica, convirtiéndose en fuente de inseguridad jurídica para ellos. La jurisprudencia ha rechazado la inscripción en el Registro Civil de estos niños como hijos de las parejas o personas comitentes y, por tanto, la nacionalidad española[5], oponiéndose al criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado[6]. Las respuestas de la Dirección General se habían orientado, no obstante, al encomiable propósito de velar por el interés superior del menor.

Utilizando como base argumental el mejor interés de los –dos- niños, considera el TS correcta la cancelación de la inscripción registral, lo que les priva a ellos de la nacionalidad española y de sus demás efectos, pero deja abierta la puerta a la adopción o al acogimiento familiar. Si uno de los miembros masculinos de la pareja hubiera aportado sus propios gametos, estaría abierta la previsión legal de que ejercite la acción de reclamación de la paternidad, en cuanto padre biológico[7].

En todo caso, los tribunales españoles han sido sensibles para reconocer los derechos sobre prestaciones sociales relacionadas con la maternidad y la paternidad resultantes de un contrato de gestación celebrado y ejecutado en el extranjero, si se ha producido ya el vínculo familiar entre el hijo y los padres, aplicando los mismos principios que ha establecido para el acogimiento y la adopción[8]. En una respuesta parlamentaria del Ministro de Justicia se indica que desde 2001 se han presentado en su Departamento 43 recursos (de ellos 33 después de publicada la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2010, aludida más arriba), de los cuales se han resuelto 32[9].

El fraude de ley ha aflorado también con toda crudeza: son actos, realizados al amparo del texto de una norma, que persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él; se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubieren tratado de eludir (art. 6 del Código Civil). La posición al respecto del Tribunal Supremo trata de atajar el fraude a la ley, pero no es menos cierto que deja a estos niños sin un respaldo jurídico adecuado.

[5] STS de 6 de febrero de 2014; y auto de 2 de febrero de 2015, sobre el mismo caso.
[6] Resolución de 18 de febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010.
[7] Art. 10.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
[8] STS 953/16 de 16 de noviembre de 2016.
[9] Europa Press, 2 de enero de 2018.

En consecuencia, aunque no debe obviarse la gravedad que comportan en general los actos de fraude de ley contra la efectividad de la misma y contra la credibilidad y respeto del ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos, está claro que la situación de la maternidad subrogada debe ser corregida cuanto antes, siempre a la luz de la evolución que se ha producido en nuestro país sobre esta materia, tanto desde el punto de vista social como jurídico. Es decir, dar cabida a la misma dentro de un marco legal que la contemple como una salida excepcional, rodeada de controles que prevengan abusos y otro tipo de fraudes y de garantías para las madres gestantes, los hijos y los progenitores comitentes, pues los argumentos de fondo que se suelen alegar contra ella no resultan hoy convincentes, como se verá más abajo en mi voto particular al Informe del Comité de Bioética de España. No parece entonces que limitarse a aceptar el actual estado legislativo y judicial al respecto sea la posición más adecuada ni la más responsable, sobre todo si se tienen posiciones de influencia en la opinión pública y ante las autoridades públicas.

Para completar el cuadro debemos citar varios casos que han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[10], en cuyas sentencias se percibe la preocupación por garantizar los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica.

He aquí el debate actual en España sobre la maternidad subrogada, pues, como adelantaba más arriba, ha generado posiciones encontradas de lo másvariadas, lo que incluye a asociaciones de padres/madres que han acudido –en el extranjero- a la maternidad subrogada o que desean hacerlo, pero en este caso dentro de un marco legal más diáfano; a los movimientos feministas, que, siguiendo su costumbre, se manifiestan con franca radicalidad en contra; algunos sectores de la Iglesia Católica, incapaces de despojarse de ciertos prejuicios en una sociedad laica, etc. Como pocas veces ha sucedido en otros asuntos, tampoco en los partidos políticos encontramos unidad interna. Encontramos dentro de los principales partidos posiciones (más abajo aludiré a lo que parece ser por el momento una excepción) abiertamente enfrentadas, como pueden observarse en los debates preliminares que se están produciendo antes de tomar una posición formal. En alguno de ellos se ha exigido incluso libertad de voto ante una hipotética acción legislativa, lo que va a ocurrir, como señalo más abajo; pero persiste en otros partidos la idea de que la maternidad subrogada es una forma de violencia

[10] Mennesson c. Francia [demanda núm. 65192/11], Labassee c. Francia [demanda nº 65941/11] y Paradiso y Campanelli c. Italia [25358/12] sentencia de 27 de enero de 2015.

contra la mujer, adoptando así un paternalismo exacerbado. Finalmente, habría que hacer una breve alusión a las propuestas de incriminar algunos comportamientos relacionados directamente con el contrato de maternidad por subrogación. Propuestas incriminatorias, hay que decirlo, actualmente prácticamente inexistentes a pesar de que pueden existen casos de abusos extremos, aunque éstos no se concilian con los principios de mínima intervención y ultima ratio del Derecho Penal y, como consecuencia, no es oportuno introducir un delito específico. Lo cierto es que contamos con el delito de reproducción asistida no consentida (art. 161.1 del Código Penal) o el de coacciones (art. 172 CP), los cuales son escasamente realistas para la fenomenología más grave que suele presentar la maternidad subrogada. En cuanto a los posibles fraudes de ley, en algún caso podría considerarse su encaje con algún delito contra las relaciones familiares (suposición de parto, alteración del estado civil del menor, arts. 220 y 221 CP, más propicios para la madre gestante los últimos y, en su caso, para la mujer comitente el primero) o de falsedad documental, en documento público (arts. 390 y ss. CP), el peticionario o peticionarios serían probablemente los responsables, como autores mediatos. En todo caso, no dejan de ser supuestos marginales y como tales deben mantenerse.

III. POSICIONES INSTITUCIONALES RECIENTES ANTE LA EXTENSIÓN DE LA DEMANDA DE LA MATERNIDAD SUBROGRADA Y SU CONSECUCIÓN EN EL EXTRANJERO

Puesto que este breve estudio parte de una perspectiva jurídica y de lo que a ella puedan contribuir otros enfoques, como son las posiciones de las sociedades científicas, opiniones desde la bioética y acciones prelegislativas, aludiré a algunas iniciativas con el propósito de que el lector contemple el panorama que pretendo tan sólo pincelar: la posición de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, y el Informe del Comité de Bioética de España (CBE). Pero no sólo se han pronunciado estas entidades, también ha habido otras, como es el caso de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS).

1. Propuesta de la Sociedad Española de Fertilidad

Por lo que se refiere al documento aprobado por la SEF[11] supone un primer

[11] "Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución", 2015.

intento corporativo de apertura de esta polémica cuestión. Coincidiendo con la importancia que tiene, según los autores de este documento, subrayar el punto de partida adoptado por el mismo, transcribo literalmente lo siguiente:

> "Una primera cuestión importante a señalar es que no se hace un pronunciamiento ni a favor ni en contra de la gestación por sustitución, ya que dentro del grupo de trabajo no hay una posición unánime en uno u otro sentido, sino que, como se ha dicho, se limita a plantear una propuesta reflexiva de bases o condiciones generales para el supuesto de que el legislador diera en algún momento el paso de su legalización en España".

Por tanto, sin entrar en el fondo, pues se reconoce que no existe unanimidad en el grupo redactor sobre si la maternidad subrogada es o no aceptable, el documento apunta unas directrices dirigidas a una –entonces- hipotética iniciativa legislativa sobre esta materia.

Por consiguiente, resumiendo los puntos del documento de la SEF que me parecen más relevantes (véanse los detalles en el propio documento): se entiende que la maternidad subrogada no debe considerarse como una técnica reproductiva más y debe, por consiguiente, recurrirse a ella únicamente en supuestos excepcionales, es decir, cuando esté médicamente indicada o en presencia de esterilidad estructural (parejas homosexuales masculinas u hombres sin pareja); habrá de comprobarse la situación socioeconómica de la gestante para descartar que se halle en situación de grave necesidad; se proponen indicaciones sobre la necesaria o rechazable aportación de gametos por parte de los comitentes o de la mujer gestante; debe estar sometida a la autorización judicial previa al inicio del proceso; se excluye la retribución, siendo aceptable, no obstante, una compensación económica; debe reconocerse la autonomía de la mujer gestante para decidir sobre la gestación misma desde la transferencia del embrión hasta el nacimiento; éste obliga a la entrega del niño en todo caso; se creará un registro nacional de gestantes; se excluye la relación de parentesco entre gestante y comitente, así como relaciones laborales y otras que puedan afectar a la libre decisión de la mujer gestante; se admiten las agencias de intermediación, siempre que actúen sin ánimo de lucro (asociaciones de pacientes, fundaciones, etc.) con supervisión de la Administración pública.

Sin perjuicio de algunos puntos que pueden suscitar duda o discrepancia, el documento en términos generales enfoca correctamente la cuestión y la sitúa en el

---

Redactado por el Grupo de Ética y Buenas Prácticas Clínicas de la SEF.

marco de la imposibilidad reproductiva de los comitentes; además, los diversos requisitos, garantías y controles parecen adecuados para prevenir situaciones de abuso por alguna de las partes, reconociendo una relevante autonomía a la gestante. La autorización judicial es una previsión especialmente sugestiva, y cuenta con precedentes (p. ej., la donación de órganos de vivo para trasplante, cuando la Ley alude a una autoridad pública que se determine reglamentariamente[12], lo que corresponde al Juez de Primera Instancia[13]). Más delicada se percibe la real eficacia que tendría la exclusión de cualquier forma de pago, aceptando, sin embargo, la compensación económica a la gestante, con el fin de prevenir retribuciones encubiertas. Es ésta una cuestión capital, fuente de discrepancias entre quienes aceptan el recurso a la maternidad subrogada, pues algunos excluyen cualquier forma de retribución (pocos rechazan, sin embargo, la compensación resarcitoria). No siendo deseable en mi opinión el procedimiento de pago o retribución económica reales –pero sí la compensación estricta-, podría aceptarse como mal menor, si contribuyese a normalizar esta clase de contratos; sin embargo, creo que asumirla explícitamente podría ser fuente de abusos y de explotación de la mujer gestante, en particular si fallasen otros mecanismos de control del proceso, situación que debe evitarse de modo prioritario.

2. Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos se mueve en una línea no muy distante de la acabada de mencionar[14]. Precedida de una extensa y detallada 'Exposición de Motivos', a lo largo de su articulado[15] establece un conjunto de requisitos relacionados con la gestación y con los sujetos intervinientes, con el contrato de gestación, la determinación legal de la filiación, la premoriencia de uno de los progenitores subrogantes, la creación del Registro Nacional de Gestación por Subrogación (adscrito al Registro Nacional de Donantes), centros y servicios autorizados, y un completo sistema de infracciones, sanciones y medidas cautelares. Se inclina por el principio de altruismo, que no es incompatible con una compensación resarcitoria tasada y con la cobertura de la mujer gestante con un contrato de seguro a cargo de los subrogantes. Acertadamente, encomienda funciones asesoras, orientadoras e informativas a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

[12] Art. 4, c) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.
[13] Según indica el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, en su art. 8.4.
[14] BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, nº 145-1, 8 de septiembre de 2017
[15] Consta de 27 arts. más una disposición derogatoria del art. 10 de la Ley 14/2006 y diversas disposiciones finales.

La proposición de ley no prevé la intervención judicial, cuestión sobre la que habría que seguir pensando, sin perjuicio de reconocer que son numerosos y aparentemente eficaces las condiciones y mecanismos establecidos para prevenir acciones ilegales (como el pago encubierto de retribuciones); no excluye a la mujer gestante que guarda relación de parentesco con los progenitores, solución que comparto, pues a pesar de la discusión que ha suscitado, no me parece suficientemente justificada; de todos modos, se incluyen otros vínculos que sí pueden dar lugar a subordinación entre gestante y subrogantes. Junto a los casos de premoriencia habría que estudiar al menos posibles variantes de la filiación en los casos de separación y de divorcio de los subrogantes durante el proceso, aunque se desprende que lo es de ambos progenitores, puesto que así se obligan desde la firma del contrato.

En conclusión, este texto prelegislativo puede ser un muy buen punto de partida para legislar sobre esta materia en nuestro país, por lo que los grupos parlamentarios bien podrían hacer un esfuerzo para aprobarlo como proposición de ley, continuando así el proceso legislativo.

3. Informe del Comité de Bioética de España

El CBE aprobó por su parte un "Informe sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada"[16]. No obtuvo unanimidad, pues el autor de estas líneas suscribió un voto particular, al que me referiré más abajo. Se trata, sin duda, del informe más extenso que ha emanado del CBE en sus diez años de existencia; y por supuesto, aporta información muy detallada en diversos aspectos, en particular de naturaleza jurídica (sentencias de los tribunales españoles y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado, derecho comparado, etc.); y abunda en los argumentos que, según la opinión mayoritaria del Comité, sustentan el pleno rechazo de la maternidad subrogada como cuestión de principio. Me centraré en sus conclusiones, pues resulta imposible tan siquiera resumir el conjunto del texto.

Para el CBE "existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada". La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de

[16] El 19 de mayo de 2017 un "Informe sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada".

principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan -la gestación altruista y comercial en sus diversas variantes- son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor. La experiencia de los últimos años ha evidenciado que la norma vigente no resulta suficientemente efectiva para alcanzar el objetivo que persigue: la nulidad de los contratos de maternidad subrogada. Puesto que los miembros del Comité no son legisladores, como tampoco un órgano creado para el asesoramiento técnico-jurídico, entiende que no le corresponde articular la propuesta de reforma de la ley vigente que considera necesaria para que siga alcanzando el objetivo para el que fue creada.

El CBE considera que en todo caso, la reforma de la ley debería orientarse a lograr que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero, y consideran la posibilidad de sancionar a las agencias que se dediquen a esta actividad; solo en último extremo se debería considerar la posibilidad de recurrir a otras medidas legales que reforzaran su cumplimento. Se propone también una prohibición universal de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional. Un número indeterminado de españoles está inmerso en procesos de maternidad subrogada internacional. Es importante que la transición a una regulación más efectiva no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos. Para ello se garantizará que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS.

El Informe acierta, y es lo que comparto en mi voto particular, en denunciar la insuficiencia instrumental para prevenir la realización de estas prácticas en el extranjero En buena medida motivada, a mi parecer, porque las autoridades españolas competentes han, primero, tolerado y, después, cuando aumentaba sensiblemente el número de estos casos, facilitado la inscripción de hijos en el consulado, así como el traslado posterior de tal inscripción al Registro Civil, dando así carta de naturaleza a lo que he calificado más arriba como un auténtico caso de fraude de ley. Aunque la ley parece ser clara sobre este particular, por ello en sentido estricto no sería necesaria ninguna modificación legal (tal vez prever alguna sanción para las agencias de intermediación con ánimo de lucro), sin embargo haría falta que las autoridades observen y hagan observar escrupulosamente la normativa vigente, incluidos los casos producidos en el

extranjero, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para que los hijos no se vean perjudicados, o tan sólo mínimamente perjudicados, en sus legítimas expectativas de filiación.

Tratar de descargar el régimen jurídico español en un marco internacional universal, como propone el CBE, es desconocer –o no querer reconocer- que en materias como ésta, en las que sabemos que los Estados mantienen posiciones diversas y en ocasiones opuestas, es difícil lograr acuerdos normativos. Por ejemplo, el Comité de Bioética (DH BIO) del Consejo de Europa ha iniciado una exploración sobre esta materia con el objetivo de emitir algún documento orientativo o regulativo, pero, por el momento, se ha quedado en la realización de una encuesta entre diversos entes de los Estados miembros[17].

El informe afirma que aunque está claro que algunos miembros del Comité de Bioética Español son favorables a la regulación de la maternidad subrogada, no alcanzan a encontrar la fórmula. Tal afirmación no se compadece, si se me permite subrayarlo, con el voto particular al Informe. En el voto particular aparecen ciertos criterios de conformidad hacia la maternidad subrogada, junto algunos puntos abiertos que por supuesto deberían ser objeto de reflexión rigurosa antes de incorporarlos a una futura regulación. Finalmente, para concluir este apartado, quisiera insistir que los argumentos de fondo esgrimidos para rechazar la maternidad subrogada no tienen peso suficiente. Es más, algunos parecen más bien fruto de viejos prejuicios que no han sabido revisar su consistencia actual. Una actualidad que nos exige buscar formulas a la altura de las circunstancias.

IV. EL VOTO PARTICULAR AL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El Informe sobre la maternidad subrogada aprobado por el CBE estuvo acompañado por un único voto particular, emitido por quien suscribe este trabajo. Dos partes bien diferenciadas pueden distinguirse en el voto particular: en la primera, la necesidad de respetar y aplicar la normativa española vigente. En particular en los casos de maternidad subrogada practicados en el extranjero, en sintonía con la posición del Informe. En la segunda parte se muestra abiertamente la discrepancia con la posición

[17] DH-BIO/INF(2016)4, publicada el 7 de septiembre de 2017.

mayoritaria del Comité reflejada en el Informe, que es contraria a permitir la maternidad subrogada. Se arguye que la maternidad subrogada permite acoger valores morales positivos, como son la solidaridad y el altruismo, y que su práctica puede sustraerse de una verdadera explotación de la mujer gestante, producida en la actualidad por algunos contextos específicos, gracias precisamente a su reconocimiento y la adopción de medidas legales que impidan la explotación y aseguren la protección de derechos de la mujer que así lo decida.

De ahí también mi posición favorable a dar cobertura a la legalización de la maternidad subrogada en algunos supuestos, y que me parezcan una buena referencia las iniciativas prelegislativas y legislativas que se han mencionado más arriba en este trabajo.

V. TEXTO DEL VOTO PARTICULAR

Emito el presente voto particular con todo respeto al criterio de mis compañeros del Comité de Bioética de España expresado en el Informe de referencia, dejando sentada mi coincidencia en lo básico con el mismo, sin perjuicio de que con los breves comentarios que presento a continuación pretendo únicamente matizar algunos razonamientos del Informe y dejar abiertas algunas perspectivas de reflexión hacia el futuro, en la medida en que la situación, la seguridad jurídica y las valoraciones sociales así lo aconsejen.

Es indudable que la maternidad subrogada, con todas las variantes con las que se manifiesta y que recoge muy minuciosamente el Informe, presenta una complejidad que ha ido aumentando de forma considerable con el paso del tiempo, siendo al parecer una técnica de reproducción asistida a la que han ido recurriendo con frecuencia creciente muchas parejas españolas y de otros países.

El Informe nos recuerda que el contrato en el que pretende sustentarse esta técnica es considerado jurídicamente nulo en nuestro ordenamiento de manera constante desde que se reguló por primera vez en 1988; es decir, no tiene efecto jurídico alguno, la maternidad se determina por el parto. Pero no debe olvidarse tampoco que en si misma esta técnica no está prohibida y, por consiguiente, no lleva aparejada sanción alguna su utilización, al menos para las personas más directamente involucradas (sobre este particular, la madre gestante y padres comitentes).

En nuestro país esta prescripción normativa no ha tenido como resultado que los ciudadanos españoles se hayan abstenido de recurrir a la maternidad subrogada. Se ha hecho, pero en el extranjero, mediante el procedimiento legal que se describe minuciosamente en el Informe: inscripción del hijo nacido de otra mujer (madre gestante) como propio (padres comitentes) en el consulado español correspondiente para después proceder a lo propio en el Registro Civil, una vez de vuelta a España. Este procedimiento, que suscita perplejidad en la población, y en ocasiones también desasosiego, ha sido tachado de un claro caso de fraude de ley, según entiende la mayor parte de los juristas, quienes suelen considerar que esta situación afectaría al orden público, entendido en este contexto y de forma simplificada, pues es un concepto jurídicamente indeterminado, muy amplio y rico, como un conjunto de principios e instituciones que se tienen por fundamentales para el normal funcionamiento de una sociedad, sus instituciones y su sistema jurídico. Estas dos tachas comportan asimismo reconocer una sensible merma para la garantía de la seguridad jurídica. Así tenemos dos categorías de ciudadanos en relación con el acceso a la maternidad subrogada: quienes se benefician de ella, porque tienen recursos suficientes para afrontar su coste en el extranjero, y quienes no pueden acceder por falta de recursos o por querer ser respetuosos con la ley, que también podría ocurrir. Con esta reflexión no pretendo recurrir a argumentaciones esquemáticas y demagógicas, pero es así la realidad al día de hoy. Esta situación se ve enrarecida por la circunstancia de que agencias intermediarias privadas, con ánimo de lucro, se mueven por nuestro país con total libertad, ofreciendo sus servicios de mediación en el extranjero a parejas y personas que desean tener descendencia por medio de la maternidad subrogada.

Podemos comprender que haya parejas desesperadas que desean tener hijos a pesar de su infertilidad patológica o funcional (parejas homosexuales). Cuesta más lograr cierta empatía con quienes en solitario prefieren recurrir a la maternidad subrogada en lugar de la reproducción natural, o no son parejas infértiles. Nuestro sistema jurídico ampara la libertad procreativa o reproductiva, entendida como la libertad de decisión sobre tener o no descendencia, sobre el número de hijos y su distribución en el tiempo. En estas decisiones no están legitimados para interferir los poderes públicos. Pero de esta libertad procreativa no se puede deducir el "derecho al hijo", pues este supuesto derecho se enmarca en realidad en el derecho a la protección de la salud y en la protección y ponderación de los intereses de terceros que pudieran

verse implicados, es decir, como nos recuerda el Informe, principalmente los intereses del futuro hijo y los derechos e intereses de la mujer gestante, con independencia de que ésta aporte o no su propio material biológico.

En consecuencia, ante esta situación de cierto descontrol y de desprecio o postergación de nuestro sistema jurídico, por un lado, y de la desigualdad que provoca entre los ciudadanos y de escasa sensibilidad hacia la situación individual en la que puedan encontrarse muchas mujeres gestantes que les ha llevado a asumir su función de madres a término (prefiero no generalizar ni simplificar), me parece prudente el criterio unánime adoptado por el Comité. Ante el presente caos, sin olvidar los esfuerzos que está realizando el Tribunal Supremo por reconducirlo hacia cierta coherencia normativa, no cabe, en mi opinión y al día de hoy, otra respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución que señala la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Soy consciente de que no es una solución plenamente satisfactoria y que no será compartida por diversos sectores de la población, pues no atiende a otras perspectivas y necesidades que merecen alguna ponderación añadida. Sin embargo, de todas las posiciones que ha recogido el Informe del Comité de Bioética de España, y puedo afirmar que no se ha descuidado mencionar al menos las más significativas, no creo que, por el momento, y mientras no se ponga orden a la situación actual, haya alguna que sea claramente preferible.

Por otro lado, tampoco me parece satisfactorio propugnar el mantenimiento del régimen legal actual sin plantear otras propuestas encaminadas a reforzarlo, de modo que la voluntad de la ley sea efectivamente respetada. Primero, porque podría interpretarse como la asunción de que la situación actual se considera deseable o al menos satisfactoria, asumiendo la vulneración de nuestro ordenamiento jurídico con su práctica en el extranjero y de este modo la continuidad de su aplicación fraudulenta. En segundo lugar, porque de algún modo significaría aceptar las desigualdades que se generan entre las parejas en función de su capacidad económica, y el hecho de que de forma velada por algunas instituciones y abierta por algunas agencias intermediarias se fomente el recurso a la maternidad subrogada de nuestros conciudadanos en el extranjero. En tercer lugar, porque es cierto que con la situación actual no hay límite normativo alguno, pues las parejas pueden elegir el país que mejor se adapte legalmente a sus necesidades o aspiraciones particulares. Por consiguiente, los poderes públicos deberían intervenir con el fin de adoptar las medidas legales y de otro tipo que sean

necesarias para cortar radicalmente esta situación, con los efectos jurídicos a que ello pudiera dar lugar, siempre que no comporten un perjuicio para los derechos e intereses de las criaturas nacidas por medio de estas técnicas. En el Informe se mencionan algunas, pero creo que podría haber otras más no menos eficaces.

Dicho lo anterior, tampoco me parece que la mencionada deba tomarse como la respuesta definitiva. En una futura, y esperemos que cercana, situación de mayor seguridad jurídica, podría plantearse la posibilidad de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones, siempre vistas como excepcionales. Como premisas habría que saber conjugar, como señalaba más arriba, por este orden, los intereses de los hijos, los de las madres gestantes y los de las parejas comitentes. Sobre esto no puedo extenderme demasiado en un voto particular que de entrada concurre con el Informe, pero que ahora pretende mirar también hacia el futuro.

Como punto de partida, creo que la maternidad subrogada no está desprovista de valores éticos que deben ser reconocidos y promovidos, si somos capaces de eliminar o reducir al mismo tiempo otros que, al menos por algunos sectores, son rechazados y que podrían postergar aquellos valores. En efecto, no podemos negar que puede promover -cierto, no siempre- la solidaridad entre las personas; también el altruismo. Se sostiene con frecuencia que estos valores sólo son imaginables entre personas allegadas previamente entre si, en particular si son familiares, pues solo entre ellas podemos presumir que se actúe por solidaridad y con altruismo. Sin desconocer la realidad en la que puede basarse este argumento, me cuesta admitir que no pueda haber mujeres no emparentadas capaces de un gesto solidario relevante, con independencia de que en todos los casos mencionados incluso se les pueda atribuir una compensación (establecer el matiz diferencial entre compensación y precio no es tarea en absoluto fácil, pero no puedo entrar en ello aquí; como tampoco en discutir la posición opuesta que sostiene que es mejor excluir la relación de parentesco con el fin de prevenir la confusión de roles que puede producirse entre las dos madres, sobre todo la gestante: madre y abuela, madre y tía, etc.; hay especialistas competentes para identificar este riesgo y su magnitud, incluso hasta poder llegar a manifestaciones patológicas, que deberían ser tratadas de forma singularizada). Con estas por desgracia breves reflexiones, quiero llamar la atención sobre posiciones a veces maximalistas y poco matizadas. La maternidad subrogada no supone, en si misma, una explotación de la mujer - gestante-, pero, como sabemos, existe el riesgo real de que así suceda; no supone en cuanto tal,

una compraventa de niños, pero sí que puede situar en el núcleo de la gestación el aspecto mercantilista. Y así podríamos continuar con argumentos esgrimidos de semejante tenor.

Puesto que la maternidad subrogada no está exenta de promover las virtudes y hasta valores jurídicos mencionados más arriba -no vamos a categorizarlos ahora-, y también otros; puesto que puede servir para que parejas infértiles (patológica o funcionalmente), heterosexuales u homosexuales puedan tener descendencia dentro de un conjunto de principios y reglas, deberíamos mantener despejada la atalaya para ser capaces de percibir cuándo sería el momento oportuno para que pueda intervenir el legislador, esperemos que no a muy largo plazo, y abrir una puerta a la maternidad subrogada.

Sabemos que cualquier marco legal que se abra a la maternidad subrogada comporta el riesgo de desviaciones y de prácticas corruptas más o menos encubiertas. Valorar esto y si es posible construir medios que lo prevengan, desenmascaren o reduzcan de forma eficiente es la primera reflexión que habrá que afrontar. Téngase en cuenta que este marco legal tendría (debería tener) como efecto que la mayor parte de estos casos se realizarían en nuestro país, donde operarían -deberían operar, no siempre ha sido sencillo- los mecanismos habituales de supervisión y control en materia de salud, más teniendo en cuenta que nos encontramos ante unos procedimientos más disponibles en el sector privado con respecto al público; y que las variantes excluidas de ese hipotético marco legal futuro que pretendieran realizarse en el extranjero deberían arrostrar con mayor contundencia el fraude de ley en el que pudieran llegar a incurrir, siempre, como vengo diciendo, garantizando la salvaguarda de los intereses legítimos de los hijos nacidos. Habría que pensar asimismo en otras respuestas, como que las tareas de intermediación, las cuales es previsible que se reducirían considerablemente, tanto en nuestro país como en el extranjero, fueran asumidas en exclusiva por entidades mixtas sin ánimo de lucro. En derecho comparado tenemos algunas soluciones legales y muy valiosas sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que han pronunciado argumentaciones y fallos muy valiosos. Sin embargo, no creo que en la situación actual una internacionalización de las respuestas contra la maternidad subrogada o, en su caso, contra los excesos, sea un camino fructífero.

Aunque la maternidad subrogada ha demostrado ser un asunto muy complejo, lleno de matices y de aristas, que suscitan y merecen múltiples reflexiones y debates

públicos (humana, social, ética y jurídicamente presenta aspectos apasionantes, que deben ser tratados, no obstante, sin pasión y con exquisita sensibilidad y ecuanimidad) creo que no debo extenderme más en estos comentarios.

Sí quiero terminar diciendo que tanto las autoridades como los ciudadanos encontrarán en el Informe una información abundante, pertinente y variada en sus diversas perspectivas, pues es un documento que ha sido discutido, razonado y redactado con especial minuciosidad, en el que todos hemos aportado lo que en nuestro mejor saber y entender podría ser pertinente. Incluso aunque ni las autoridades ni los ciudadanos compartan completamente las conclusiones a las que ha llegado el Comité, pues realmente ya se deduce que esto no parece posible hoy, encontrarán elementos suficientes para formar su propia opinión razonada. Por supuesto, tampoco pretendo con este voto convencer a nadie, pues como se ha visto, no se alinea por completo con ninguna posición en particular, lo que le deja más abierto a la crítica. Pero así lo asumo.

En Bilbao, a 16 de mayo de 2017.

* * * * * *

2. Estudios

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona*

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco/EHU. Director Cátedra Genoma y Derecho Humano, Univ. de Deusto/UPV. Socio de la FICP.

~Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad~

I. PLANTEAMIENTO: DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL AL RIESGO

En el Derecho Penal español, y en general en el derecho comparado europeo continental, el presupuesto para aplicar cualquier medida de seguridad ha venido siendo hasta hace unos años la peligrosidad criminal, es decir, la comprobación de la probabilidad de que un delincuente *vuelva* a cometer un delito de cierta gravedad. Aunque este concepto está siendo reemplazado en otros sistemas jurídicos europeos[1], la peligrosidad criminal continúa constituyendo todavía el presupuesto y también fundamento de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico[2].

Por lo que se refiere en particular a los delincuentes imputables peligrosos, su justificación se establece en que la pena no es suficiente para eliminar la peligrosidad que entraña esta persona para la sociedad[3]. Por consiguiente, la cuestión crucial en esta materia continúa siendo la emisión de un pronóstico criminal fiable y la verificabilidad empírica del mismo[4].

Si nos referimos de forma más específica al delincuente peligroso imputable, es necesario asimismo que el delito o delitos cuya comisión se estima probable y se trata

* Miembro del grupo-ponente redactor del borrador de la Recommendation on Dangerous Offenders Rec(2014)3, del Consejo de Europa, de 19 de febrero de 2014. Consultor del Consejo de Europa para diversos asuntos sobre Derecho Penal y sobre Bioderecho. El presente trabajo se realiza en el marco de la financiación del Gobierno Vasco a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT 1066-16).

[1] De lo cual es un síntoma evidente la Recommendation on Dangerous Offenders Rec(2014)3, del Consejo de Europa, de 19 de febrero de 2014, como se expondrá más abajo.

[2] V. C. M. ROMEO CASABONA, Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1986, pp. 20 y s.; J. CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, I, Tecnos, 6ª ed., Madrid 2004, p. 34; A. URRUELA MORA, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a los sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica, Ed. Comares, Granada, 2009, p. 65; E.J. ARMAZA ARMAZA, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, Ed. Comares, Granada, 2013, pp. 77 y ss.

[3] V. C. ROXIN, Derecho Penal, Parte General, I (trad. al español por D.M. Luzón, M. Díaz y García Conlledo y J de Vicente Remesal), 2ª ed, Civitas, Madrid, 1997, p. 104.

[4] V. Á. SANZ MORÁN, La peligrosidad criminal. Problemas actuales, en J.M. Landa Gorostiza (Ed.), E. Garro Carrera (Coord.), Delincuentes peligrosos, Ed. Trotta, Madrid, 2014, p. 74.

de prevenir hayan sido señalados previamente por la ley como tributarios de la aplicación de una medida de seguridad, en principio acompañando de algún modo a la pena impuesta por el delito ya cometido, si se comprueba en el proceso judicial el carácter peligroso del delincuente condenado a una pena (principio de legalidad de los estados peligrosos y a partir de ahí el juicio de peligrosidad criminal)[5].

A gran distancia del último método mencionado, existe actualmente una tendencia en vías de expansión, en concreto en el Derecho Penal continental europeo, que en términos generales proviene del sistema jurídico-penal anglosajón, bien que sus inicios se retrotraen hacia mediados de la pasada centuria[6].

Por medio de esta metodología se trata de sustituir la noción de peligrosidad criminal como característica psicológica (no necesariamente patológica), y por ello individual y subjetiva, del delincuente, en cuanto presupuesto necesario para poder imponer una medida de seguridad, por la del *riesgo de delinquir* que presenta la conducta de una persona de forma objetiva[7]. Mientras que el primer enfoque ha solido recurrir para determinar la probabilidad de recidiva a métodos en cierto modo intuitivos pero, sobre todo científicos, basados en informes de expertos o especialistas (informes periciales), el segundo se ha valido preferentemente de mediciones y procedimientos supuestamente objetivos que pueden reducir la subjetividad, en este caso, del juzgador, porque se valen en gran medida de procedimientos estadísticos o actuariales, lo que acentúa el automatismo y la despersonalización del análisis.

Como se ve, son dos metodologías radicalmente diferentes, pero no necesariamente enfrentadas e incompatibles, que se adaptan mejor a presupuestos también distintos, como lo son los señalados de peligrosidad y de riesgo, respectivamente.

---

[5] La aplicación del principio de legalidad en este ámbito se suele reconocer que es limitada, pues el juicio de peligrosidad tiene un componente conjetural –intuitivo, dice CEREZO MIR-; y las tablas de pronósticos presentan un margen estadístico de error no muy amplio, pero no sirven al juez de seguro punto de apoyo al enjuiciar la peligrosidad de un sujeto *concreto*, añade CEREZO MIR. V. CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, I, 6ª, 2004, p. 170.

[6] C. M. ROMEO CASABONA, Prólogo, en Armaza Armaza, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, 2013, p. XVIII y s.

[7] Aunque en este estudio tomemos como referencia exclusiva el juego que ambos conceptos en liza pueden desempeñar en relación con las medidas de seguridad, no debe olvidarse su implicación en diversos momentos vinculados con la ejecución de la pena. V., p. ej., en relación con el concepto de riesgo E. BLAY GIL, Riesgo y penas comunitarias. El papel del riesgo en los protocolos para la supervisión de penados en la comunidad, en J.M. Landa Gorostiza (Ed.), E. Garro Carrera (Coord.), Delincuentes peligrosos, 2014, pp. 81 y ss.

No se trata, por consiguiente, de diferencias meramente terminológicas o formales, sino de enfoques, como he señalado, muy diferentes, que pueden conducir a resultados también divergentes sobre la decisión de a qué delincuente habría que aplicarle o no medidas de seguridad.

No es irrelevante señalar que, además, este enfoque aporta un sustento metodológico inmejorable para las corrientes en expansión de las últimas décadas partidarias de un endurecimiento del Derecho Penal, también por la vía de las medidas de seguridad, que responden al pensamiento del Derecho Penal de la seguridad o de la peligrosidad, dispuesto a subordinar cualquier principio fundamentador o limitador del sistema punitivo (incluidas las medidas) al control de los delincuentes autores de los delitos más graves, amparados en la coartada de devolver la confianza de la sociedad en el Derecho Penal[8].

Esta concepción, que en el fondo parte en ocasiones de ideas retribucionistas e incluso vindicativas encubiertas, ha allanado el camino a tratamientos inocuizadores del delincuente peligroso[9], y en particular en los últimos años al que es imputable, a través de penas de larga duración, como la cadena perpetua o la prisión permanente revisable, y de medidas de seguridad de corte semejante (custodia de seguridad), que en el Derecho Penal del ámbito anglosajón se ha expresado en la eliminación del sistema de doble vía a cambio de un constructo que fusiona y confunde ambas consecuencias jurídicas con el fin prioritario de asegurar el internamiento por tiempo indefinido de estos delincuentes. Especialmente entre los penalistas españoles existe una gran preocupación sobre que este Derecho Penal más duro y poco proclive al principio de proporcionalidad[10] pueda afectar a los principios esenciales del Estado –democrático- de

[8] V. sobre esta cuestión en general, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 7, 2005, pássim; A. URRUELA MORA, ¿Hacia un cambio de paradigma? La configuración de un Derecho de la peligrosidad mediante la progresiva introducción de medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables en las recientes reformas penales españolas, en Cuadernos de Política Crimina, nº 115, 2015, pp. 119 y ss., a la luz de la reforma del CP producida por la LO 5/2010; y en particular respecto al sistema de la doble vía y su evolución más reciente en varios países europeos, M. PELISSERO, Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. la rinascita delle misure di sicurezza custodiali, en Diritto Penale Contemporaneo, pp. 1 y s.; consultado en www.penalecontemporaneo.it/.

[9] F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, Deconstruyendo las medidas de seguridad, en InDret, 2/2010, pp. 5 y 21, menciona también esta tendencia hacia la inocuización, que posterga en aras al mayor peso normativo que dispensan los principios de libertad y de dignidad.

[10] El principio de proporcionalidad en relación con las medidas de seguridad concreta la justificación ética de las mismas, señala CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, I, 6ª, 2004, pp. 38 y s.: la medida debe guardar proporción con la peligrosidad revelada por el delito cometido y por la gravedad del delito o delitos cuya comisión se trata de prevenir. En este contexto el principio de proporcionalidad es

Derecho, temor que comparto y no está exento de razón[11].

Algunos especialistas de nuestro país apuestan también por este cambio de perspectiva, pues rechazan la validez actual del concepto de peligrosidad por diversos motivos que lo han llevado a la obsolescencia[12]. A la criticada escasa utilidad pronóstica de la peligrosidad criminal, entre otras censuras[13], se contrapone por esta corriente una preferencia metodológica por la valoración del riesgo, a la que atribuyen una mayor eficacia predictiva, más objetividad y utilidad profesional[14].

Sí es cierto que el concepto de peligrosidad criminal ha venido adoleciendo desde su introducción en el Derecho Penal de diversos aspectos vulnerables. Esta vulnerabilidad se ha venido centrando en algunos factores de incerteza que le son casi consustanciales, y pueden debilitar a su vez la seguridad jurídica, pudiendo proyectarse de este modo sobre el principio de legalidad, como ya apunté hace años en otro lugar[15]: la fiabilidad de los métodos utilizados para la averiguación y comprobación de los síntomas de peligrosidad, así como la validez de los síntomas mismos; y la predicción relativa a la probabilidad de volver a delinquir, la cual, por su propia naturaleza, es incierta. Es una mera hipótesis de trabajo, pues no puede haber una certeza matemática de que el individuo sometido a examen cometerá un delito en el futuro[16].

Afortunadamente, la reconsideración de cuál deba ser el presupuesto de las medidas de seguridad no ha sido lineal. Los esfuerzos realizados a lo largo de los últimos años, sobre todo por parte de los especialistas en las ciencias sobre el

---

entendido por Roxin de otro modo, atendiendo a la ponderación de bienes: ROXIN, Derecho Penal, Parte General, t. I, 2ª, 1997, p. 106.

[11] GARCÍA RIVAS, La libertad vigilada y el Derecho Penal de la seguridad, en E. Demetrio Crespo (Dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Edisofer y Bdef, Madrid, 2013, pp 602 y 620 y ss. En esta misma dirección y con semejante inquietud, v. diversas consideraciones críticas sobre las medidas de seguridad aplicadas a los delincuentes imputables peligrosos, en concreto la custodia de seguridad, L. GRACIA MARTÍN, Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho, en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 975 y ss. (996 y ss.).

[12] En este sentido A. ANDRÉS-PUEYO, Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico, en E. Demetrio Crespo (Dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Edisofer y Bdef, Madrid, 2013, pp. 483 y ss., quien introduce como sustituta la expresión de "riesgo de violencia".

[13] ANDRÉS-PUEYO, en E. Demetrio Crespo (Dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho Penal, 2013, p. 496, apunta las siguientes: a) confusión conceptual; b) imprecisión operacional; baja capacidad predictiva, y d) estigmatización negativa.

[14] ANDRÉS-PUEYO, en E. Demetrio Crespo (Dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho Penal, 2013, p. 484.

[15] ROMEO CASABONA, Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo, 1986, pp. 30 y s.

[16] ROMEO CASABONA, Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo, 1986, p. 31.

comportamiento humano (Psicología y Psiquiatría, principalmente), se han dirigido a mejorar las técnicas periciales con el fin de reforzar la fiabilidad diagnóstica y predictiva de la peligrosidad, así como su validez y aceptabilidad como herramienta del Derecho Penal actual, de acuerdo con las necesidades político-criminales emergentes[17-18]. No obstante, también acabamos de comprobar que algunos especialistas prefieren orientarse a otros presupuestos, más operativos en su opinión, como es el concepto de riesgo, que legitimen la imposición de medidas de seguridad.

Por las repercusiones que puede tener en la práctica judicial de nuestro país (y en la de otros con construcciones legales semejantes), así como sobre todo para los justiciables, voy a dedicar una mayor atención a los métodos predictivos que suelen estar vinculados al concepto de riesgo, que de generalizarse en nuestro país se convertiría en una forma de evaluación novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Pero puedo adelantar ya que esta metodología presenta también graves inconvenientes, tal vez superiores a los que se vinculan con el concepto de peligrosidad criminal.

II. MÉTODOS ESTADÍSTICOS Y ACTUARIALES

En estos métodos descansa más confortablemente el concepto de riesgo. Trata de basar el pronóstico en la inserción del delincuente objeto de estudio y evaluación en un grupo prototípico de delincuentes en los que se aprecia unas ciertas características cuya frecuencia en el grupo apunta hacia una mayor reiteración delictiva, no tanto en su propia individualidad.

Como podremos comprobar, parte de una preocupación compartible, pero no bien enfocada. En efecto, en el recurso a este tipo de procedimientos preocupa eliminar los componentes subjetivos que el propio especialista evaluador del delincuente podría proyectar sobre su evaluación (por prejuicios, empatía o falta de empatía con el evaluado, estados de ánimo del evaluador); ésta ha de ser neutral, objetiva, libre de criterios subjetivos del especialista. La desviación de este propósito, que no merece en si mismo objeción alguna, es concluir en que la evaluación ha de recaer en aspectos

[17] V., p. ej., N.A. FARAHANY (ed.), The impact of behavioral Sciences on Criminal Law, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 144 y ss. y 340 y ss., si bien hay que subrayar que esta obra colectiva no está centrada en el concepto de peligrosidad.

[18] Sobre si se ha logrado realmente un avance sustancial no me puedo ocupar aquí, pero sí lo hago en otro trabajo, pendiente de publicación, que estructuralmente precede al presente estudio, y en él me ocupo de revisar los métodos que se han venido utilizando para el pronóstico de la peligrosidad criminal, como son el intuitivo y el científico o experimental y, dentro de éste, el llamado clínico: *A vueltas con el concepto de peligrosidad criminal. Alternativas metodológicas.*

objetivos, despersonalizados del delincuente. El salto metodológico es evidente, pues lo correcto es lo contrario, sin perjuicio de las dificultades que pueda presentar: puesto que se pretende afinar lo más posible sobre la determinación del grado de probabilidad de que el delincuente sometido a evaluación cometa un delito, ese juicio ha de ser lo más individualizado posible, a lo que renuncian, sin embargo, los métodos actuariales. Veámoslo.

Los juicios de predicción del riesgo se sirven de diversas herramientas. El primero de ellos fue el estadístico, de base actuarial, que ha ido derivando a métodos actuariales más puros. Originariamente consiste en la elaboración o utilización de unas tablas de pronóstico o predicción. Su presupuesto metodológico asume que la conducta humana es comprensible a través de la causalidad, y que de los cursos causales pueden extraerse conclusiones y predicciones sobre la conducta que una persona seguirá en el futuro[19]; de este modo se reconoce la habitual correlación existente entre la conducta futura y pasada de un individuo[20]. Las tablas están basadas en cuestionarios más o menos extensos, según los casos, a cuyas respuestas se les otorga una puntuación determinada específica según el valor relativo que se les ha adjudicado previamente. A partir de esas tablas se subsumen las características del sujeto individual en las variables que ofrece la tabla, sumando la puntuación obtenida en cada una de ellas; el resultado permite cuantificar y medir el nivel de riesgo delictivo[21].

Este régimen se orienta, por consiguiente, al sistema actuarial, pues aplica *modelos estadísticos y matemáticos* para la evaluación del riesgo, en nuestro caso, el riesgo de comisión de un delito por un delincuente determinado, pero clasificándolo en ciertos grupos, no entrando tanto en su pronóstico conductivo psicológico concreto[22]. Como se verá más abajo, las variantes más recientes se valen de algoritmos para emitir el pronóstico, y se ha empezado a recurrir a sistemas inteligentes computerizados para su tratamiento.

No dejan de ser criterios próximos a la evaluación del riesgo que generan algunas actividades en otros sectores de la vida social (p. ej., la industria del seguro para la que el aseguramiento de ciertos riesgos es la base de su negocio; la industria biotecnológica,

[19] ROMEO CASABONA, Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo, 1986, p. 38.
[20] URRUELA MORA, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. 2009, pp. 74 y s.
[21] SANZ MORÁN, en Landa Gorostiza (Ed.), Garro Carrera (Coord.), Delincuentes peligrosos, 2014, p. 75.
[22] ARMAZA ARMAZA, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, 2013, pp. 101 y ss.

de la que se señalan sus riesgos para la vida y la salud de las personas y para el medio ambiente), la utilización de las energías, o el uso de ciertos instrumentos o aparatos, pues se valen de una metodología semejante.

Como decimos, se trata de la evaluación de un riesgo despersonalizado, pues para su declaración no interesa la causa u origen de ese riesgo, a saber, el sujeto delincuente, sino que se centra en la evaluación y en la gestión de aquél, que, no obstante, están relacionadas, como es obvio, con un delincuente determinado inmerso en un proceso penal. No se busca llegar a una individualización precisa del sujeto concreto examinado sobre el pronóstico de su reiteración delictiva personal, sino a clasificarlo e integrarlo en grupos prototípicos a los que se ha asignado un determinado nivel de riesgo[23], y a partir de ahí establecer previsiones sobre la intensidad y la naturaleza del riesgo de volver a delinquir.

De acuerdo con lo indicado más arriba, en la actualidad, en una línea de depuración del enfoque actuarial, frecuentemente se recurre a tablas de evaluaciónn del riesgo. Así, un modelo al que se suele recurrir utiliza una tabla con siete técnicas de cuestionarios, que pueden ser dinámicas o estáticas; algunas de ellas no requieren una entrevista con el sujeto sometido a evaluación, pues basta con su cumplimentación personal, o bien puede requerirse la aportación de datos a los que puede acceder directamente el perito, al hallarse disponibles en el expediente judicial de aquél[24].

Un ejemplo de procedimiento actuarial lo podemos encontrar en el *HCR-20*, conocido como "Guía para la valoración de la peligrosidad criminal".[25] Es un instrumento clínico estructurado cuyo objetivo principal es la valoración del riesgo de cometer un acto de violencia general; tiene en cuenta la biografía histórica (pasado), los aspectos clínicos (presente) y el afrontamiento del riesgo (futuro), con un total de 10, 5 y 5 respuestas para cada uno de estos campos, respectivamente. De amplio uso en

[23] SANZ MORÁN, en Landa Gorostiza (Ed.), Garro Carrera (Coord.), Delincuentes peligrosos, 2014, p. 75.

[24] D. P. FARRINGTON / D. JOLLIFFE / L. JOHNSTONE, Assessing Violence Risk: a Framework for Practice. Final Report, University of Cambridge, 2008. V. también, J. BONTA / D.A. ANDREWS, Risk-Need-Resposivity. Model for Offender Assessment and Rehabilitation, 2007.

[25] V. http://crimina.es/crimipedia/topics/la-peligrosidad-criminal (consultado el 23.05.2017). Existe edición en español adaptada al ordenamiento jurídico español: A. HILTERMAN, A. ANDRÉS-PUEYO y GRUP D'ESTUDIS AVANÇATS EN VIOLÈNCIA (GEAV) (Eds.), HCR-20. Guia para la valoración del riesgo de comportamientos violentos, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005, pássim. Un traducción de la última version del inglés: K. S. DOUGLAS, S. D. HART, C. D. WEBSTER y H. BELFRAGE, K. ARBACH-LUCIONI y A. ANDRÉS PUEYO, HCR-20v3: Valoración del riesgo de violencia. Guía del evaluador, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, passim.

Norteamérica y en varios países europeos, actualmente se ha convertido en un instrumento de uso para predecir el riesgo de comportamientos violentos en poblaciones penitenciarias y psiquiátricas. Se podrían citar otros muchos modelos actuariales, como el *static 99*, aplicado en los EEUU a los delincuentes sexuales[26].

Uno de los problemas que presentan estas tablas radica en que en el cuestionario se incluyen en ocasiones preguntas que guardan relación con el estilo de vida o con el entorno familiar, pero no de modo inmediato, ni siquiera mediato –entiendo-, con una proclividad al delito o que al menos puedan calificarse como factores criminógenos. A pesar de ello se computan en la evaluación final sobre el pronóstico criminal (así, si el sujeto concluyó o no sus estudios primarios, si sus padres se separaron o divorciaron, si es o ha sido consumidor de drogas, sin discriminar la mayor o menor intensidad de su potencialidad adictiva o no adictiva, etc.).

Estos criterios son más afines a categorías paradelictivas que suele manejar la Criminología norteamericana, la cual habitualmente incluye en su objeto de estudio conductas de desviación social no delictivas aunque puedan perseguir tan sólo meros objetivos comparativos. Sin embargo, este enfoque no ha solido tener cabida en los ordenamientos jurídicos ni en la Criminología de la Europa continental; en concreto, no la tiene en el español, una vez superado y eliminado el parámetro tan excesivo y pernicioso de la peligrosidad social como presupuesto para la aplicación de medidas de seguridad[27].

En cuanto a la llamada gestión del riego, que es el segundo componente de acotación, tratamiento y prevención de este último, se han elaborado diversos procedimientos[28]. En este lugar sólo voy a referirme ahora a los trabajos emprendidos por el Consejo de Europa.

[26] V. con mayor detalle y amplitud diversas tablas que estudia, ARMAZA ARMAZA, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, 2013, pp. 109 y ss.; más brevemente, también con consideraciones críticas, M. SALAT PAISAL, La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 106 y s.

[27] V. sobre este concepto, que se mantuvo en nuestra legislación hasta la derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 por el CP de 1995, en ROMEO CASABONA, Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo, 1986, pp. 46 y ss.

[28] V. sobre este particular, RISK MANAGEMENT AUTHORITY, Standards and Guidelines for risk management, Paisley (Scotland, United Kingdom), 2012, passim.

En efecto, en el ámbito europeo, en concreto en una Recomendación del Consejo de Europa de 2014[29], se mantiene la expresión de "dangerous offender", delincuente peligroso, aludiendo a la peligrosidad de reincidir que presenta un delincuente determinado. Sin embargo, la noción de peligrosidad es sustituida por otra de riesgo próxima a la que nos venimos ocupando, y, como vamos a comprobar, más neutral, objetiva y aséptica, aunque veremos que de forma menos tajante que otras soluciones de derecho comparado de clara influencia anglosajona. Por la influencia que puede ejercer en el derecho interno de los Estados Miembros de este organismo internacional, voy a mencionar los aspectos más directamente relacionados con el riesgo que incluye esta Recomendación.

El *riesgo* se define como la alta probabilidad de realización de una ulterior infracción sexual o de otra con violencia contra las personas, teniendo que ser ambas muy graves[30].

La *evaluación del riesgo* es entendida como el proceso por el cual se analiza y comprende el riesgo. Con él se examina la naturaleza, la gravedad y el patrón de los delitos; se identifican las características de los delincuentes y las circunstancias que contribuyen a ello. Esta evaluación del riesgo contribuye a una toma de decisiones adecuada, así como a la determinación de las acciones apropiadas con el fin de reducir el riesgo[31].

Y, finalmente, la *gestión del riesgo* es el proceso de selección y aplicación de una serie de medidas de tratamiento (medidas de seguridad) en un centro de custodia y en entornos comunitarios, así como en el período posterior a la liberación o en el contexto de la ejecución de una medida de control preventivo, con el objetivo de reducir el riesgo de comisión de un delito de naturaleza sexual u otro, muy grave, cometido con violencia contra las personas[32].

[29] Recommendation on Dangerous Offenders Rec(2014)3, del Consejo de Europa, de 19 de febrero de 2014. Existe traducción no oficial al español de E. J. Armaza Armaza publicada en: www.catedraderechoygenomahumano.es. En realidad el ámbito de aplicación de esta Recomendación se circunscribe a los delincuentes imputables peligrosos, como se deduce de la definición que contiene sobre delincuente peligroso (punto 1, a).

[30] Recommendation, punto 1, c).

[31] Recommendation, punto 1, d).

[32] Recommendation, punto 1, e).

El concepto de riesgo así entendido se presta en la actualidad a varias confusiones[33].

En primer lugar, existe la tendencia a identificarlo únicamente con el *delincuente violento*. Acotación conceptual y criterio metodológico restrictivos que me parecen incorrectos. Sin embargo, no me merece censura desde un punto de vista político-criminal; al contrario, debe propugnarse que se limite a este perfil de delincuentes, al implicar una limitación de la imposición de medidas de seguridad de especial rigurosidad únicamente a los delincuentes imputables responsables de delitos particularmente graves, como son los que incluye la Recomendación citada, es decir, delitos muy graves de naturaleza sexual violentos contra las personas[34]-[35] y en general el derecho comparado europeo.

Hecha esta aclaración, la identificación del riesgo con la violencia o con un delito violento señalaba más arriba que no es correcta, porque no puede descartarse que una ley determinada pueda prever la imposición de medidas de seguridad a los autores de delitos no violentos que presenten a su vez una indiscutible gravedad, como podrían ser algunos delitos relacionados con la criminalidad organizada, con el tráfico de drogas, con la salud pública, la seguridad pública o, indudablemente también, contra el patrimonio o el orden socio-económico.

Por otro lado, suele aceptarse que los delitos de máxima gravedad presentan *tasas comisivas muy elevadas*. Al menos los datos sobre estos delitos en España revelan que su número no es muy elevado en comparación con otros países y que su incremento en

[33] ANDRÉS-PUEYO, "Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico", pp. 497 y ss., apunta algunas de las confusiones que siguen al concepto de peligrosidad, pero las perspectivas político-criminales actuales inducen a trasladarlas más bien al concepto de riesgo, sin perjuicio de las que puedan compartir ambos.

[34] De la definición de delincuente peligroso que establece la citada Recomendación se desprende tanto la vinculación del riesgo con delitos violentos, como su limitación a dos grupos de ellos especialmente graves: "A dangerous offender is a person who has been convicted of a very serious sexual or very serious violent crime against persons and who presents a high likelihood of re-offending with further very serious sexual or very serious violent crimes against persons" (punto 1, a), lo que obliga a precisar qué se entiende por violencia: "Violence may be defined as the intentional use of physicial force, either threatened or actual, against persons, that either results in, or has a high likelihood of resulting in, injury, psychological harm or death. This definition identifies four means by which violence may be inflicted: physical, sexual and psychological attack and deprivation of liberty".

[35] Las medidas previstas son: internamiento preventivo de seguridad o custodia de seguridad y control preventivo o medidas restrictivas de la libertad, principalmente Recommendation, puntos 16 a 22 y 23 a 25, respectivamente.

los últimos años no es alarmante, no marca una tendencia sobre un previsible aumento significativo de algunos delitos graves[36].

Debe subrayarse asimismo la general aceptación de que el estado peligroso es una característica de la personalidad inmutable, no susceptible de influencias de diverso tipo. Esta creencia conduce a asumir que las reacciones penales, las consecuencias jurídicas, pueden ser de duración indefinida, para toda la vida del delincuente condenado y que sólo están indicadas medidas asegurativas, no rehabilitadoras, puesto que no se les reconoce ninguna operatividad para lograr la reinserción social, como es la segregación o inocuización del delincuente peligroso, recordando así la posición de los positivistas más conspicuos en los albores del siglo XX. Al contrario, puede apuntarse una cierta estabilidad de la reincidencia en delitos muy graves, aunque con un incremento más elevado en relación con delitos no graves[37].

Finalmente, es usual también considerar que se trata de un fenómeno que puede ser identificado y acreditado exclusivamente de forma objetiva, despersonalizada, mientras que los especialistas apuntan que con procedimientos exclusivamente actuariales se escapan de control –del pronóstico de reincidencia- aquellos delincuentes que reinciden como consecuencia de arranques de violencia no pronosticados o por la concurrencia de otras circunstancias extraordinarias que puedan alterar el comportamiento del individuo.[38]

El riesgo así entendido y amparado en procedimientos actuariales en realidad no establece la probabilidad de que un delincuente vuelva a delinquir, no llega a predecir

[36] V. Según revela una somera lectura de las estadísticas judiciales de los últimos años, así de 2012 a 2015 los datos indican oscilaciones no significativas que confirman un estancamiento en los delitos de asesinato, homicidio, lesiones y contra la libertad e indemnidad sexuales (véase http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/).

[37] En este sentido, con apoyos en datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística en el período comprendido entre 1998 y 2011, ARMAZA ARMAZA, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, 2013, pp. 44 y s. Con un enfoque más criminológico y centrado en los "asesinos en serie" ("serial killers") y en otros delitos cometidos con reiteración, también graves (sobre todo delitos de naturaleza sexual y otros violentos contra menores), A DYJAK, Tueurs en série. L'invention d'une catégorie criminelle, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2016, pássim (en especial pp. 275 y ss.), quien en realidad va más allá, poniendo en duda el acierto de esta categorización, importada de los EEUU.

[38] Así lo subraya URRUELA MORA, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a los sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica, 2009, p. 75; en el mismo sentido, ARMAZA ARMAZA, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, 2013, p. 97.

de forma individual su comportamiento criminal, sino si pertenece a un grupo de delincuentes en el que el riesgo de recidiva es superior[39] ("grado de riesgo").

A la vista de los diversos procedimientos que conoce la Criminología para evaluar el riesgo de volver a delinquir, los procedimientos actuariales, que han ganado con el tiempo en precisión y fiabilidad, podrían ser utilizados por el juez o tribunal en el proceso penal como elementos complementarios o confirmatorios de la predicción obtenida a partir de informes individuales de especialistas, pero no como fuente principal y prioritaria o exclusiva para la evaluación del riesgo, pues no es éste el objetivo final, sino anticipar de la forma más fiable posible la probabilidad de delinquir una persona concreta.

En resumen, aunque en ocasiones sea muy plausible la concurrencia de la "alta probabilidad" de que un delincuente vuelva a delinquir y pueda entrar por ello en la categoría de delincuente peligroso, en otras ocasiones no es tan fácil llegar a esta conclusión, aunque aparentemente pueda parecer muy claro en el caso concreto. No se olvide que al estar ocupándonos del comportamiento humano futuro, siempre deberá situarse, por su propia naturaleza, en el ámbito de lo conjetural, aunque pueda serlo en un grado mayor o menor. Este es el gran desafío que debe afrontar la calificación de un delincuente como peligroso o, si se prefiere, la evaluación del riesgo de recidiva delictiva que presente aquél.

Se suscitan, por otro lado, reflexiones de diferente naturaleza, más centradas ahora en las consecuencias jurídicas aplicables a esta clase de delincuentes, los imputables peligrosos. Las medidas de seguridad de internamiento por tiempo indeterminado, ¿no comportan una pérdida de su propia identidad en relación con la pena de prisión permanente? Puestos a imponer una privación de libertad a perpetuidad, ¿no resulta más garantista configurarla como pena que como medida de seguridad, dado que ésta se basa en el discutido concepto de peligrosidad criminal o del objetivado y automatizado de riesgo? A pesar de otras objeciones que podrían oponerse, la configuración del internamiento como pena nos sitúa, al menos como referente, en torno a un delito existente, el ya cometido, en el que se fundamenta su imposición y marca un límite de

[39] Sanz Morán, en Landa Gorostiza (Ed.), E. Garro Carrera (Coord.), Delincuentes peligrosos, 2014, p. 75. También crítico, GARCÍA RIVAS, en Demetrio Crespo (Dir.) y Maroto Calatayud (Coord.), Neurociencias y Derecho Penal, 2013, p. 615.

acuerdo con el principio de proporcionalidad, aunque en este caso se haya producido la quiebra del mismo, al ser permanente la privación de libertad.

No debe deducirse de estas reflexiones que estime aceptable penas como la de prisión permanente revisable, a la que ha dado acogida el CP en 2015, pues ésta a su vez plantea numerosos problemas de naturaleza muy diversa, pero muy relevantes, sobre los que no puedo ocuparme en este lugar, que me llevan a la conclusión favorable a su rechazo sin fisuras.

Sí aludiré a uno más relacionado con este estudio, pues otro problema continúa siendo la revisión de la pertinencia del mantenimiento de esta pena, es decir, que el condenado continúe o no privado de libertad. ¿Cuál será entonces el fundamento de la excarcelación a partir de la pena de prisión: la disminución o desaparición de la peligrosidad del delincuente, otro criterio o la combinación de varios? ¿Pues cuál es el sentido de que el tribunal acuerde la finalización o el mantenimiento de la pena de prisión si no es valorar, entre otros aspectos, el riesgo de que el recluso vuelva a delinquir una vez producida la excarcelación? Indudablemente, no será suficiente con la comprobación de la muy larga permanencia en prisión del condenado, aparte de que, salvo en casos especiales (v. art. 78 bis CP), el cambio al tercer grado en el cumplimiento de la pena de prisión sólo podrá hacerse a partir del cumplimiento efectivo de quince o veinte años (art. 36.1 CP)[40].

III. EL MÉTODO ACTUARIAL SUSTENTADO EN EL PROCESAMIENTO AUTOMATIZADO DE ALGORITMOS

Es un sistema que toma como punto de partida la metodología anterior, es decir, parte de una base actuarial, utilizando datos convertidos en algoritmos, en la que la evaluación de estos últimos disponibles se automatiza y se objetiva todavía más, si cabe, mediante su procesamiento por procedimientos informáticos de sistemas de inteligencia artificial.

En esencia no es, por consiguiente, un método diferente, sino una herramienta tecnológica nueva que trataría de forma "inteligente" los algoritmos que sirven de base al procedimiento actuarial. No obstante, por las novedades tecnológicas que comporta y el impacto que puede tener en las decisiones judiciales en un futuro, tiene interés

[40] El CP contempla dos aspectos fundamentales para acordar la excarcelación (art. 92 CP): el riesgo de reiteración delictiva y la reinserción social del penado.

tratarlo por separado. Por otro lado, no debería descartarse que con un desarrollo más perfeccionado y sofisticado de sistemas de inteligencia artificial éstos fueran capaces de predecir de forma objetiva -automatizada- el comportamiento criminal de un delincuente a la vista de su personalidad. Pero esto –afortunadamente, por lo que podría comportar para el conjunto de los ciudadanos-, no es previsible que pueda hacerse, ni siquiera es plausible que sea factible a medio plazo.

En derecho comparado contamos ya con la utilización de este método, respaldado por algunas sentencias judiciales (EEUU), en las que la cuestión que fue objeto de litigio, sorprendentemente, no fue única o principalmente la técnica en si, que conduce a hacer descansar el proceso evaluador en sistemas informáticos no suficientemente contrastados, sino en la suficiencia o no de garantías procesales para el acusado (compatibilidad con el derecho al debido proceso en el Derecho estadounidense, o con nuestro derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE).

Por las dudas fundadas que suscita la fiabilidad de este procedimiento, al parecer todavía algo rudimentario, y por el cuestionamiento que puede comportar para otras garantías constitucionales, este método ha sido objeto de numerosas críticas, al menos a la vista de su implementación actual. De ello me ocuparé más abajo.

IV. UN PASO MÁS HACIA LA OBJETIVACIÓN: EL MÉTODO ACTUARIAL SUSTENTADO EN EL PROCESAMIENTO AUTOMATIZADO DE ALGORITMOS PARA PREDECIR EL RIESGO DE RECIDIVA CRIMINAL (SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL)

Las construcciones actuariales para la determinación de la peligrosidad o del riesgo, lejos de haber perdido interés, han ido ganando terreno, incluso recurriendo a las tecnologías de la información, y en fases próximas más desarrolladas, a sistemas de inteligencia artificial muy avanzados. Si bien es cierto que el recurso a estas tecnologías comporta una importante innovación para el Derecho Penal, pues en último extremo tratan de asistir al juez en la toma de decisiones sobre un delincuente procesado penalmente en función de su previsible comportamiento futuro, también se están abriendo camino estos recursos tecnológicos que se sirven de algoritmos en otras actividades de la vida social, como ocurre, por ejemplo, con las decisiones relacionadas con la concesión de un préstamo, el reconocimiento de un crédito, la contratación de un seguro privado de vida o de enfermedad o en el ámbito médico-asistencial (p .ej., no iniciar un tratamiento por parte de los médicos, sobre todo con medicamentos, pero

también respecto a otro tipo de intervenciones, del que se sabe a partir de las características biológicas que presenta el paciente que no va a responder favorablemente al mismo, con las consecuencias que puedan acarrear a unos y a otros si no cuentan con soluciones alternativas).

En conclusión, y con las lógicas peculiaridades específicas, tenemos a las puertas un amplio panorama nuevo al que habrá que dar las respuestas que correspondan de forma global y sectorial, en todo caso pensando en las que puedan ser más favorables para los individuos afectados, pero teniendo a la vista también, siempre en su justa medida, los intereses de la colectividad.

Veamos un ejemplo de cómo se está introduciendo esta innovadora metodología en el ámbito particular del Derecho Penal sustantivo y procesal, tanto para otorgar la libertad condicional o la imposición de un programa de rehabilitación, como para fundamentar la condena a una pena de prisión de larga duración[41] o la imposición de una medida de seguridad.

El Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin dictó una sentencia en la que se pronunció por primera vez sobre la constitucionalidad del uso de algoritmos procesados informáticamente (mediante un sistema de inteligencia artificial) como fundamento del fallo del tribunal de instancia inferior (caso *Wisconsin v. Loomis*)[42].

En su fallo el Tribunal aceptó su utilización, argumentando que el derecho de los acusados al debido proceso[43] no fue violado por el mero hecho de que no pudieron acceder a una explicación adecuada sobre el tratamiento informático de los algoritmos[44]. Para apoyar esta posición, el Tribunal señaló que la exactitud de los instrumentos

[41] V. KATHERINE FREEMAN, Algorithmic Injustice: how the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in State v. Loomis, North Caroline Journal of Law and Technology (NCJL & Tech.), Vol. 18, 2016, pp. 75 y ss.

[42] Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

[43] No es fácil encontrar un equivalente de este derecho en el ordenamiento jurídico español. Por derecho al debido proceso podríamos entender el desarrollo de procedimientos judiciales estrictamente acordes con los principios y procedimientos establecidos por la ley, de modo que se garantice un juicio justo para todos los acusados. Lo más cercano que podemos encontrar, en el marco de los derechos fundamentales, es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

[44] Definición de algoritmo: "Conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permite hacer un cálculo y hallar la solución de un tipo de problemas".

utilizados y la capacidad de los jueces para entender su posible mal funcionamiento eran suficientes para asegurar los derechos de los acusados[45].

He aquí un breve resumen de los hechos en litigio: en febrero de 2013, Eric Loomis fue arrestado mientras conducía un automóvil que había sido utilizado durante un tiroteo. Poco después, se declaró culpable de haber eludido a un agente de policía y de haber utilizado un vehículo sin el consentimiento de su propietario[46]. El procesado fue condenado como culpable de estos hechos a seis años de prisión. Lo que hizo que este fallo fuera especialmente relevante radica en que el tribunal de circuito que pronunció dicho fallo reconoció explícitamente que la duración de la sentencia había sido determinada en parte por el uso de una herramienta de evaluación de riesgo de cuarta generación denominada Perfiles de Gestión de Delincuentes Correccionales para Sanciones Alternativas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, COMPAS), un algoritmo desarrollado por Northpointe, Inc[47]. La herramienta COMPAS pretende predecir el riesgo de reincidencia de un individuo sobre la base de un análisis complejo que implica el uso de la información obtenida de una encuesta de 137 preguntas dividida en varias secciones diferentes, así como de la información correspondiente a los antecedentes penales individuales. La utilización de COMPAS ha sido promovida por el Estado de Wisconsin.

El tribunal de instancia declaró a este respecto: "Usted ha sido identificado, a través de la evaluación de COMPAS, como un individuo de alto riesgo para la comunidad. Mediante la ponderación de diversos factores, hemos descartado la libertad condicional debido a la gravedad del crimen cometido y porque su historial personal, su historial de libertad bajo control y las herramientas de evaluación de riesgos que se han utilizado, sugieren que Ud. representa *un riesgo extremadamente elevado de volver a delinquir*".

Como se deduce de este párrafo y de la propia condena, no se trataba de imponer una medida de seguridad, sino de una pena de mayor duración y de no conceder la libertad condicional.

[45] V. I. DE MIGUEL BERIAÍN, Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling, Law, Probability and Risk, *Vol.* 17, 1, 2018, pp. 45–53.

[46] State v. Loomis, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

[47] Véase: http://www.northpointeinc.com/products/core. Visitado el 5.03.2018.

La defensa del Sr. Loomis no aceptó la sentencia y decidió apelarla, alegando que el uso del sistema COMPAS era inadecuado y violaba el derecho de su representado al debido proceso (*the right to a due process*). Apoyó su recurso en tres argumentos principales. Conforme al primero de ellos, declaró que no había podido conocer la manera exacta por la que se calculó su puntuación con COMPAS, debido a que esta técnica era de propiedad privada (y se determinó por el tribunal que había que proteger los derechos de propiedad intelectual de la empresa que lo construyó, al parecer recurriendo al llamado secreto de empresa). En segundo lugar, alegó que el uso de este software violaba su derecho a una sentencia individualizada, ya que el algoritmo únicamente generaba datos basados en estadísticas de grupo. Y, por último, argumentó que su uso constituía una discriminación por razón de género porque sus evaluaciones tenían en cuenta el género. Desde perspectivas diferentes, las tres objeciones en las que sustentó la defensa su recurso son de un gran calado, especialmente las dos primeras.

Debido a la importancia de la decisión, la apelación de Loomis fue rápidamente registrada de forma directa ante el Tribunal Supremo de Wisconsin. Poco tiempo después, el Tribunal publicó su fallo sobre las cuestiones que fueron objeto del recurso de apelación[48]. Nos hallamos ante una decisión extraordinariamente importante, ya que fue la primera en abordar la constitucionalidad del uso de algoritmos en una sentencia judicial.

¿Cuál fue entonces el sentido del fallo del Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin?

El fallo de *Wisconsin v. Loomis* negó la validez de los argumentos del apelante. Como consecuencia, el Tribunal Supremo de Wisconsin creó un precedente relevante sobre la aceptación del uso del sistema inteligente COMPAS o de cualquier otro instrumento automatizado de evaluación de riesgos por medio de algoritmos, en la determinación de una sentencia, una práctica cuya extensión en el contexto judicial de los Estados Unidos es previsible a partir del camino abierto por esta sentencia.

Por otra parte, el Tribunal tomó una decisión extremadamente importante sobre el contenido del derecho al debido proceso, porque declaró que no se violaba este derecho del acusado, aunque él no pudiera obtener información precisa sobre los aspectos técnicos involucrados en el proceso de evaluación de riesgos. Al hacerlo, el Tribunal

[48] Por sentencia del 13 de julio de 2016. State vs. Loomis, 881 N.W.2d 749, 770-71 (Wis. 2016).

aplicó el contenido concreto de los precedentes establecidos por la sentencia del caso *Gardner v. Florida*[49], al afirmar que los acusados no tienen un "derecho a la explicación", es decir, el derecho a un conocimiento detallado de la información incluida en su Informe de Investigación sobre la Pre-sentencia (IIP en adelante), sino un mero "derecho a la información" de los medios utilizados para producir el IIP.

Se utilizó también esta otra línea argumental acabada de mencionar contra la sentencia: el supuesto derecho a la información (*right to explanation*). En efecto, el recurso de apelación de Loomis incluía la afirmación de que *"la consideración por un tribunal de circuito de una evaluación del riesgo de COMPAS viola el derecho a un proceso debido del procesado a ser sentenciado basándose en una información exacta"*. El apelante sostuvo que este derecho fue violado porque la característica de propiedad privada de COMPAS impide que un procesado impugne la validez científica de la evaluación del riesgo. En otras palabras, el acusado alegó que no había podido refutar la evaluación de riesgos realizada por medio de COMPAS adjunta a su IIP porque se le había negado por completo el acceso al algoritmo como tal. Por lo tanto, no se le había garantizado el acceso a la información completa contenida en su IIP, hecho que violaba su derecho al debido proceso, como establecieron las sentencias *Gardner v. Florida*[50] y *State v. Skaff*[51], decisiones en las que el tribunal "*dejó claro que el acusado debe tener los medios para examinar la adecuación de su sentencia y los factores que influyen en ella*"[52]. De este modo, la defensa de Loomis buscó un apoyo en el llamado "derecho a la explicación", es decir, el derecho a saber no sólo que un algoritmo de evaluación de riesgos sirvió de fundamento de una decisión judicial, sino también a cómo se produjo esa evaluación. Si se hubiera reconocido este derecho, el acusado habría podido acceder a la estructura funcional que rige a COMPAS. De hecho, la empresa desarrolladora de este sistema de inteligencia artificial debería haber revelado el secreto de empresa y haber explicado cómo funcionan los métodos y procesos automatizados de COMPAS en la práctica, incluyendo cómo se seleccionan las puntuaciones de riesgo o cómo se ponderan los factores concurrentes. Debería haber ofrecido también su código fuente para su análisis por parte del procesado.

[49] Gardner v. Fla., 430 US 349, 351-52 (1977)] y State v. Skaff [State v. Skaff, 447 NW.

[50] Declaró que "el demandado tiene un interés legítimo respecto al procedimiento que conduce a la imposición de la pena, incluso si no tiene derecho a oponerse a un determinado resultado del proceso que conduce a la sentencia (5 Gardner v. Fla., 430 US (1977), en 358.

[51] State v. Skaff, 447 NW2d 86 ff (Wis. Ct. App. 1989).

[52] FREEMAN, NCJL & Tech., Vol. 18, 2016, pp. 102 y s.

Frente a estos argumentos de la defensa el Tribunal declaró que este derecho no era esencial para que el demandado disfrutase de su derecho a una defensa equitativa. Para refutarlo, se basó en dos líneas argumentales diferentes. Por un lado, reconoció que todos los acusados tienen el derecho de revisar y verificar la información contenida en el IIP sobre la cual el tribunal de circuito basó su decisión.

El Tribunal Supremo de Wisconsin consideró, sin embargo, que "la Guía del Usuario del COMPAS de 2015 de Northpointe explica que las puntuaciones de riesgo se basan principalmente en información estática (historial criminal), con uso limitado de algunas variables dinámicas (es decir, p. ej., asociación criminal, abuso de sustancias)". Sobre esta base, y en la medida en que la evaluación de riesgos de Loomis se basó en sus respuestas a las preguntas formuladas por COMPAS y en los datos disponibles públicamente sobre su historial delictivo, el tribunal juzgó que el acusado había tenido la oportunidad de verificar la exactitud de la información proporcionada por el mecanismo de evaluación de riesgos y, en consecuencia, dictaminó que su derecho a la defensa no había sido violado, incluso aunque el propio tribunal reconociera que no se le había dado la oportunidad de entender el funcionamiento interno del algoritmo. El Tribunal admitió también que las puntuaciones sobre riesgo que fueron mostradas a Loomis no explicaban cómo el algoritmo COMPAS utilizó la información para calcularlas, pero consideró que su derecho a obtener información exacta sobre su IIP fue suficientemente cumplido por su acceso a la información incluida en la guía Northpointe's 2015.

Y ya para terminar esta relación de razonamientos manejados por el tribunal norteamericano, veamos un segundo argumento, complementario del anterior. El Tribunal Supremo de Wisconsin reforzó su argumento principal añadiendo que, aun cuando las objeciones de Loomis fueran parcialmente correctas, la experiencia de los jueces compensaría la inexactitud de las herramientas, pero que los obstáculos para asegurar la confianza en la capacidad y/o voluntad de la empresa desarrolladora del programa podrían generar un serio problema. A este respecto, el tribunal pidió la implementación de un "puñado de etiquetas de advertencia para proteger a los acusados", como parte de una estrategia que aliente al personal de justicia a usar su juicio profesional y a anular el riesgo informáticamente obtenido si fuera oportuno. De hecho, el tribunal dictaminó que "cualquier Informe de Investigación de Pre-sentencia (IIP) que contenga una evaluación de riesgo efectuada por COMPAS y presentada ante

el tribunal debe contener: i) un acta escrita que enumere las limitaciones; ii) una lista que incluya información sobre la naturaleza de propiedad privada de COMPAS; iii) el hecho de que se basa en datos grupales iv) las cuestiones relativas a los delincuentes pertenecientes a minorías; v) la composición nacional de las muestras involucradas.

Por último, la sentencia apoyó este segundo haz de argumentos subrayando que la naturaleza pura de la herramienta -una herramienta de apoyo destinada a mejorar la evaluación por parte de un juez- permite compararla con otras pruebas aportadas en el proceso. De hecho, se afirma explícitamente que "COMPAS es simplemente una herramienta disponible para un tribunal en el momento de pronunciar su sentencia y todo tribunal es libre de confiar en unas partes de la evaluación, pero rechazar otras". Por lo tanto, los jueces siempre pueden compensar cualquier posible rendimiento inferior o resultados sesgados de la herramienta.

Hasta aquí la sentencia. Resulta paradójico que al final el Tribunal Supremo de Wisconsin insista en la admisión de este medio de prueba, cuando reconoce en él tantas limitaciones, debilidades e inconvenientes, y que acabe reconduciendo su utilización al fundamental principio de libre apreciación de la prueba por parte del juez, lo que, sin embargo, no parece que se hiciera en la primera sentencia de instancia.

La cuestión procesal no terminó aquí, pues el caso fue llevado al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, con la petición de revisión de la sentencia dictada por la instancia inferior (el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin). Se volvió a impugnar el uso por parte del Estado de Wisconsin del software propietario y de código cerrado (no accesible al condenado) de evaluación de riesgos; se alegó asimismo que el uso de dicho software en la sentencia violaba el derecho del acusado al debido proceso porque impedía que el acusado cuestionase la validez científica y la exactitud de dicho medio de prueba; así como que el sistema en cuestión (COMPAS) violaba los derechos al debido proceso al tomar en cuenta el género y la etnia.

El TS de los EEUU denegó la admisión del recurso[53], lo que impidió que entrara en el fondo del caso, es decir, en la legitimidad de utilizar un sistema informático inteligente como soporte de una condena penal, y si se viola o no el derecho al debido

[53] Caso Loomis v. Wisconsin, Decisión de 26 de junio de 2017.

proceso legal para condenar a alguien basándose en un instrumento de evaluación de riesgos cuyo funcionamiento está protegido como secreto comercial[54].

En otro caso judicial similar se utilizó el mismo sistema (COMPAS), pero se denegó también al condenado el acceso al software, que había señalado el riesgo de reincidencia si salía de prisión bajo palabra (libertad condicional), frente a los informes favorables de la oficina de rehabilitación. En una ulterior petición a la comisión sobre libertad condicional sucedió lo mismo, es decir, se mantuvo la disconfomidad de pronóstico entre los empleados y el sistema inteligente; pero en este caso el condenado, a la vista del fracaso de su intento anterior, había solicitado que a pesar de tal discordancia se le concediera la libertad, que es lo que finalmente se acordó por la comisión competente[55].

¿Qué valoración merece la sentencia sobre el caso Loomis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español? Es decir, planteando la hipótesis de que esta tecnología fuera importada al sistema judicial español o de otro país de nuestro entorno geográfico y cultural. En particular, debe subrayarse el efecto notablemente restrictivo que podría comportar para el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de nuestra Constitución y hasta posiblemente para la incolumidad de su contenido esencial, puesto que el tribunal estadounidense dejó sentado que no se vio afectado el derecho al debido proceso. Recordemos que el art. 24 de la CE dice sobre este particular:

"1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a *un proceso público* sin dilaciones indebidas y *con todas las garantías*, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."

[54] V. R. Wexler, When a Computer Program Keeps You in Jail, The New York Times, 13 junio 2017.

[55] WEXLER, When a Computer Program Keeps You in Jail, cit., menciona este caso. Otro proceso al que alude este autor está relacionado con un software preparado para cruzar perfiles de ADN (*TrueAllele*). En él se denegó al acusado la posibilidad de verificar el funcionamiento del mismo, incluso aunque su defensa aceptaba una medida protectora para salvaguardar el código fuente. Este último problema estaría resuelto en nuestro ordenamiento jurídico, dado el reconocimiento y acreditación oficial del que goza el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, como organismo integrado en el Ministerio de Justicia.

En particular, ¿qué consecuencias podrían derivarse de la adopción de este instrumento informático o de otro similar utilizado como base para determinar el riesgo de recidiva de un delincuente ya condenado para nuestro sistema de medidas y para aplicación una medida de seguridad concreta, por ejemplo, privativa de libertad, de estar prevista en el CP? O, incluso, para imponer la libertad vigilada o para decidir los cambios de grado en el cumplimiento de una pena de prisión o el reconocimiento de otros beneficios en el cumplimiento de la pena.

Cuando menos, debe reconocerse:

1º Dada la información que se desprende de las sentencias, desde el punto de vista de la fiabilidad del sistema inteligente utilizado, parece precipitada su incorporación al proceso en la fase actual de su desarrollo, dado que se ha comprobado que puede obtener resultados contradictorios con otros informes de expertos o especialistas humanos. Es necesario un desarrollo más depurado y avanzado de esta clase de herramientas, basadas en la utilización de algoritmos a través de sistemas inteligentes, los cuales, probablemente no disponen todavía de recursos digitales más evolucionados y potentes en sentido cualitativo[56].

Se encuentra en juego aquí nada menos que un fallo judicial de carácter penal, apoyado en estas tecnologías, de lugar a la imposición de una consecuencia jurídica privativa de uno de los derechos más apreciados por el ser humano y más intensamente protegidos por el ordenamiento jurídico: la libertad ambulatoria, de la que privan tanto la pena como la medida de internamiento (custodia de seguridad).

2º Se anteponen al derecho al debido proceso del condenado (que se integraría en el Derecho español en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, según he apuntado más arriba) los intereses económicos privados de la empresa que construyó el sistema de inteligencia artificial. En efecto, así debe entenderse que sucede, al negar el acceso a la estructura de funcionamiento del mismo (en concreto, el código fuente), aunque tal acceso no fuera exhaustivo y pudiera ser sometido a deber de secreto a quienes tuvieran acceso al mismo para realizar su análisis pericial o el ejercicio de la defensa, con el fin de proteger el secreto comercial y con ello impedir el acceso a la información resultante de este medio de prueba a otras empresas competidoras en el sector.

[56] DE MIGUEL BERIAÍN, Law, Probability and Risk, Vol. 17, 1, 2018, p. 48.

Surge entonces la duda respecto a en qué marco jurídico real se inscribe la protección legal frente al acceso del sistema inteligente, dada la amplitud que tiene la *Intellectual Property* en el Derecho norteamericano, pues en principio el efecto protector de la patente obliga a que se pueda acceder a los documentos registrados por el reivindicante en la oficina de patentes en los que consta su estructura pero impide legalmente el uso por terceros no autorizado por el titular.

Al parecer, se trata en realidad de un derecho de propiedad intelectual, que se pretende proteger, además, a través del secreto de empresa, pues en este entorno jurídico se mueven las alegaciones de la empresa desarrolladora del software. No encaja muy bien, sin embargo, esta preferencia del tribunal de proteger los derechos e intereses de la empresa privada frente a los derechos procesales del condenado, que se ven así postergados; en concreto, haciendo una traslación hipotética con los principios de nuestro ordenamiento jurídico, como son el de proporcionalidad y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva frente a los derechos de carácter económico, que gozan de un rango constitucional inferior. Al parecer sí es más afín a la mentalidad jurídica estadounidense el criterio opuesto, pero no deja de constituir una inversión del rango de derechos en conflicto.

3º Incluso aunque en el futuro se desarrollen nuevos sistemas inteligentes más perfeccionados, lo que ciertamente es previsible, el principio de libre apreciación de la prueba debe continuar siendo el eje de la toma de la decisión por parte de los jueces y los tribunales, con el único límite, indudablemente, de no traspasar la frontera infranqueable de la arbitrariedad pues es el medio más contundente de asegurar, como parece irrenunciable, que una decisión de tanta trascendencia social quede en manos del ser humano y no en sistemas artificiales[57].

He aquí uno de los principales riesgos a los que tendrá que enfrentarse el sistema judicial (principalmente jueces y fiscales) y penitenciario en los próximos años: sobrevalorar la fiabilidad de las nuevas tecnologías y descansar en ellas ciegamente a la hora de tomar las posiciones y decisiones que corresponden a los diversos agentes. Al menos respecto al juez, significaría que éste renuncia a la posición insustituible que tiene encomendada de apreciar el conjunto de medios de prueba aportados en el proceso

[57] Así lo propugna el EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES (EGE), Statement on Artificial Intelligence, Robotics and 'Autonomus' Systems, European Commission, Brussels, 2018, p. 9.

desde una visión y ponderación también de conjunto, posición singular que nunca llegan a adquirir los demás intervinientes en el proceso. Tal vez podría dejarse llevar por la comodidad que favorece la rutina de dar por bueno lo que viene respaldado por el humano experto o –en este caso- por las tecnologías "expertas".

4º No es aceptable que un tribunal, formado por juristas, recabe para si en exclusiva la tarea de detectar los posibles fallos o deficiencias del sistema inteligente en sustitución del acusado (de su defensa y de los peritos respecto a los cuales aquélla solicite su comparecencia), como medio de garantizar el derecho al debido proceso de aquél.

5º Aunque la sentencia de segunda instancia reconoce los posibles fallos del sistema y propone algunos medios para corregirlos o compensarlos, su decisión no es en realidad coherente con esta premisa. Así, p. ej.:

- Señala que los resultados de COMPAS (para el IIP) son sólo otro medio de prueba o de valoración junto a otros, pero la sentencia no menciona ninguno, aparte de los propios datos suministrados por el acusado en la encuesta.
- Reafirma lo que podríamos identificar como principio de la libre apreciación de la prueba que corresponde al Juez, pero no se explica en la sentencia si en el caso había indicios de que en primera instancia se hubiera procedido realmente de este modo.
- Con la confirmación de la sentencia recurrida el tribunal da por bueno que el fundamento del fallo se haya basado en esencia en los resultados aportados por un sistema de inteligencia artificial.

6º En conclusión, este caso, al menos el modo en el que fue resuelto por el TS del Estado de Wisconsin, presenta serias dudas respecto a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico español, por el modo en que se ponderan los intereses –derechos- en conflicto y por el reconocimiento de la validez y fiabilidad, al menos en la actualidad, de un procedimiento tecnológico que necesita un desarrollo y perfeccionamiento muy superiores a los que ha logrado alcanzar.

Por otro lado, y de forma más cercana a los propósitos de este estudio, refuerza la metodología actuarial y de clasificación en grupos de delincuentes prototípicos como perspectiva dominante o exclusiva frente a otras más individualizadas y personalizadas,

pudiendo contribuir a elevar su prestigio, al sustentarse en las más modernas tecnologías de la información.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA DEBATE

El concepto de peligrosidad criminal puede ser entendido como la probabilidad de que un delincuente vuelva a cometer un delito. Es una definición que sólo tiene relevancia e interés conceptual para el Derecho, pero con el apoyo de los estudios criminológicos puede profundizarse en el desarrollo de su contenido, incorporando para su mejor comprensión las perspectivas que ofrecen otras ciencias y disciplinas, como la Psicología y la Psiquiatría, pero no sólo éstas.

A su favor continúa teniendo la orientación individualizadora que le preside, esto es, su pretensión predictiva sobre el comportamiento delictivo futuro de una persona concreta, más allá del perfil grupal que encarne, pues es decisivo respecto a la aplicación de una medida de seguridad, a su naturaleza y a su duración, haciendo abstracción en este momento de lo que respecto a este último particular pueda establecer la ley.

El reto para la pervivencia de este concepto continúan siendo los procedimientos para elaborar un pronóstico criminal (previsión de la conducta futura del delincuente) fiables y certeros, reduciendo lo máximo posible el margen de error sobre el presunto comportamiento criminal futuro del sujeto, sobre todo, desenmascarando los falsos positivos; pero también los falsos negativos[58].

Me parece rechazable sustituir la peligrosidad criminal como presupuesto de las medidas de seguridad, a pesar de las limitaciones que pueda presentar (y por ello es necesario persistir en los estudios empírico-científicos), por otros instrumentos basados en la idea de riesgo, entendido éste como una fuente objetiva y despersonalizada -deshumanizada-, de modo semejante a como sucede con riesgos provenientes de fenómenos naturales, de actividades humanas, de objetos o instrumentos creados por el ser humano; y además, si es establecido exclusivamente a través de procedimientos actuariales, todavía más si lo es de forma automatizada por procedimientos tecnológicos de inteligencia artificial.

[58] Respecto a la tendencia más acentuada a incurrir en falsos positivos, es decir, pronosticar un comportamiento criminal en una persona cuando realmente no existe, motivados por una excesiva sobrevaloración de la peligrosidad criminal, no están exentos ninguno de los métodos existentes, v. SANZ MORÁN, en Landa Gorostiza (Ed.), Garro Carrera (Coord.), Delincuentes peligrosos, 2014, p. 76; ARMAZA ARMAZA, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, 2013, pp. 97 y s.

Los informes individuales basados en estudios de la personalidad y del entorno social del delincuente, realizados a cargo de profesionales especializados (criminólogos, asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras) pueden ser suficientemente eficientes para elaborar un pronóstico en los casos más extremos, pues son más fácilmente predecibles. Sin embargo, lo son bastante menos para los casos intermedios, que constituyen el bloque más extenso de delincuentes que deben ser sometidos a evaluación predictiva. Sin embargo, en no pocos de estos casos los dictámenes e informes periciales o expertos pueden confirmar una personalidad patológica, que ha podido ser ya tomada en consideración por el juzgador en el momento de pronunciarse sobre la ausencia o disminución penalmente relevante de la capacidad de culpabilidad (inimputabilidad o semiimputabilidad) del procesado. Quedaría entonces abierta la conjetura para el delincuente imputable no extremo -como los casos de psicópatas declarados plenamente responsables penalmente; o de delincuentes multirreincidentes-, respecto al cual estos estudios periciales no garantizarán en ocasiones una fiabilidad altamente elevada. De ahí que haya que asumir el alcance limitado de estos procedimientos y que hay que recurrir a ellos con cierta cautela.

Determinadas tablas estadísticas y otros procedimientos actuariales podrían ser manejados por el juez como criterios complementarios o confirmatorios, centrados en la constatación de que un delincuente pertenece a un grupo de alto riesgo de delinquir en el futuro (grupo con perfil demostradamente reincidente), pero no como definitorio de una fuente de riesgo, como vuelvo a insistir más abajo.

Por razones semejantes me parecen también rechazables procedimientos de determinación o de evaluación del riesgo basados exclusivamente en criterios despersonalizados, manejo de algoritmos actuariales o automatizados, que lo son todavía más, incluidos los procedimientos informáticos y los sistemas de inteligencia artificial, como ha ocurrido en los casos recogidos en algunas sentencias de los EEUU.

En primer lugar, porque en la actualidad no ofrecen una fiabilidad razonable[59], por lo que es necesario esperar a su desarrollo y perfeccionamiento, debiendo previamente ser sometidos a diversas formas de supervisión y hasta de homologación por agencias independientes colaboradoras con la Administración de Justicia. Y, en segundo lugar,

[59] En este sentido, y muy crítica en general con el recurso a sistemas sustentados en algoritmos, FREEMAN, NCJL & Tech., Vol. 18, 2016, p. 106. También, DE MIGUEL BERIAÍN, Law, Probability and Risk, Vol. 17, 1, 2018, p. 48.

por entender que, utilizados de forma exclusiva y excluyente, comportan la vulneración de diversas garantías vinculadas al Estado de Derecho y en particular al principio de legalidad, tanto desde la perspectiva penal como procesal, y al derecho a la tutela judicial efectiva.

Si respecto a la segunda objeción entiendo que no es necesario ir más allá de lo que se indicó más arriba, por parecer evidente –al menos a mi así me lo parece-, por lo que se refiere a la primera el recurso a los procedimientos actuariales implica una renuncia a una máxima individualización personal del riesgo como presupuesto de la imposición de una medida de seguridad (o de la toma de decisiones relacionadas con la ejecución de la pena) que no es aceptable en materia penal.

No es en ningún caso admisible que en el marco de un proceso penal prevalezcan los intereses económicos privados, como son los intereses de propiedad intelectual de un fabricante privado, que también reconoce y garantiza la CE (art. 33), frente a los derechos constitucionales fundamentales de los procesados.

Es seguro que los procedimientos actuariales actuales como los automatizados mediante sistemas de inteligencia artificial que se desarrollen en el futuro cumplirán tareas auxiliares o complementarias, posiblemente incluso relevantes, pero deberían serlo en el entorno de premisas conceptuales individualizadoras como la peligrosidad criminal. Además, el ser humano deberá seguir siendo capaz de imponerse a los sistemas automatizados inteligentes, tomando autónomamente sus decisiones, teniendo a la vista todos los informes oportunos, dentro del marco de la libre apreciación de la prueba, a la que no debe renunciarse. Los sistemas judicial y procesal deberán garantizar que esto sea así.

* * * * * *

Dr. Diego Olivera Zapiola

Juez titular del Juzgado de Garantías N° 4 de Dolores, Argentina. Socio de la FICP.

~La autoincriminación del imputado a la luz del art. 294 inc. 8° del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires –conf. texto ley 12.405–~

> "...Una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales del hombre nace de los juramentos que se piden al reo sobre que diga sencillamente la verdad cuando tiene el mayor interés en encubrirla; como si el hombre pudiese jurar de contribuir seguramente a su destrucción: como si la religión no callase en la mayor parte de los hombres cuando habla en interés. La experiencia de todos los siglos ha hecho ver que excede a los demás abusos el que ellos han hecho de este precioso don del cielo...Césare Beccaria. De los delitos y de las Penal. Italia 1764"

El presente trabajo tiene por finalidad la demostración cabal de dos circunstancias que tornan inaplicable al inc. 8° del art. 294 -novedad legislativa acercada por la reforma del sistema procesal Bonaerense en el marco de la ley de reforma 12.405- y por la cual se faculta a la policía *"a requerir al presunto imputado indicaciones o informaciones útiles a los fines de la inmediata prosecución de la investigación*". la primera de ellas se refiere a una surte de incongruencia que emerge del análisis del propio sistema en su marco integral. La existencia de un segundo argumento se desprende de un comportamiento vedado por el propio sistema constitucional que la excluye como norma de aplicación efectiva por cuanto conculca garantías consagradas tanto en la órbita de la Constitución Nacional como de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Para comenzar a abordar el tema que hoy nos ocupa se debe tener en cuenta primeramente que la declaración del inculpado ha sido sin duda alguna uno de los elementos del procedimiento criminal que ha merecido permanente atención en pos de garantizar la máxima efectividad de los derechos que acuerdan las Constituciones enroladas en el respeto por los derechos del hombre, ello sin considerar ab initio los pactos internacionales que de modo promiscuo regulan el contenido mínimo de un sistema penal pleno de garantías y limitaciones al posible accionar arbitrario del estado, que al vestirse de los ropajes propios del estado de derecho debe ceder cuotas de su potestad para no malograr las limitaciones que su condición imponen.

En el marco de la Ley 11.922 al correr del año 1998 la Pcia. de Buenos Aires se alistó en la corriente moderna de la dogmática procesal al adoptar un sistema penal

mixto aunque con claras connotaciones acusatorias y con una investigación preliminar desformalizada bajo las directrices del Ministerio Público Fiscal.

Por cierto merece destacarse que desde sus primeros esbozos este marco legal fue considerado como "El Código de las Garantías" en franca alusión a un contenido orientado al resguardo de las formas fundamentales de raigambre constitucional que ponía en primer lugar al hombre y por último a las instituciones.

Principalmente su fuente reposo en las mandas contenidas en la Constitución provincial remozada allá por el año 1994 y en el espíritu supranacional de los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución de la Nación por vía de la última reforma constitucional consagrada en la Ciudad de Santa Fé en igual año.

Una de las notas mas delicadas del proceso, esta es, la declaración del imputado fue provista de un nuevo ropaje, en primer término se la despojó del inquisitivo término "indagatoria" que nos acompaño con todas sus connotaciones –desde una óptica cínica que no la admitía como un derecho del imputado, sino por el contrario como un mero acto probatorio- (v. art. 308 del C.P.P.), este cambio fue acompañado por una previa entrevista con el defensor técnico a cuyo cargo se encuentra informar al justiciable sobre los alcances autoinculpatorios de sus manifestaciones (ello en consonancia con los arts. 60, 89, 92 y 272 los cuales desde su conocimiento aseguran una efectiva garantía de defensa técnica desde la primera oportunidad a partir de la cual se le impute un hecho delictivo) y la posibilidad de traer al acto deposicional al Juez de Garantías para el caso de que razones atendibles así lo aconsejen. A mas de ello el Agente Fiscal cuenta con al asistencia de un Secretario encargado de labrar la correspondiente acta que sólo ingresará al debate para el caso de que el indicado –previa indicación de que le asiste el derecho a negarse a declarar y que esta circunstancia no obrará en su perjuicio- halla decidido prestar declaración (art. 366 del C.P.P.).

Otro contexto a profundizar en el avance de la consigna analizada es el rol del Ministerio Inquisidor en el proceso, el cual se encuentra limitado, ya que los aseguramientos constitucionales reposan los hombros del Juez de Garantías quien como es de esperar autoriza en su caso aquellas medidas que por haberse acreditado –al menos- liminarmente ciertos extremos habilita la cesión de las garantías máximas en pos de la investigación certera de hechos que atentan contra la sociedad.

El orden que un plexo codifical asigna un sentido global y tal como lo enseñara en sus augustas clases el Dr. Mario PENA debe servir de base -en atención a los principios propios de la Teoría del Derecho- para indicar un significante particular que da lugar a un modo de interpretación y señalar un norte orientador de la norma examinada. El libro segundo que trata acerca de la Investigación Penal Preparatoria comienza en su titulo primero por señalar las disposiciones generales: entre ellas encontramos el previamente citado art. 272 que reza en lo que a nuestro examen importa:... *"En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, antes de la declaración de imputado, éste será invitado por el órgano interviniente a elegir defensor...*", esta manda implica abrigar de todas las garantías mínimas al encartado para evitar cualquier riesgo que implique su autoincriminación y opera como una barrera efectiva contra posibles abusos ante la falta de conocimiento de del justiciable, en opinión de Carlos CREUS: *"El carácter de acto de defensa que reviste la declaración indagatoria para el imputado es la principal razón por la cual se rodea de garantías expresamente enunciadas y reguladas en las leyes procesales...y en general, las tendientes a asegurar la libertad para declarar..."*[1]. En la dirección apuntada corresponde señalar algunas de las consecuencias que brotan de la garantía de autoinculpamiento que surgen de la premisa basal de que el acusado no tiene que construir su inocencia, en todo caso le cabe al estado sobre la base del empleo de toda la maquinaria con la que cuenta la destrucción del estado de inocencia mediante el uso de elementos cargosos obtenidos en forma legítima. El derecho a defenderse de las imputaciones que obran en cabeza de la agencia de criminalización judicial. En esta línea de actuación con plena claridad el art. 60 del ritual –dentro de la parte dogmática del código- sienta la premisa que emerge del estándar judicial "Miranda v. Arizona" resuelto en el año 1966 por la Corte Suprema de los Estados Unidos que marcó significativamente las garantías mínimas y al que luego me referiré. Al decir de Jorge Vázquez Rossi el art. 72 (del sistema adjetivo de la Nación) "...*siente claramente que es un sujeto de derechos, los que puede hacer valer desde el inicio mismo de los procedimientos y hasta la finalización de la causa..."*[2]. Si consideramos que al propio funcionario Fiscal se le encuentra vedado oír al indicado sin la previa entrevista con su defensor de confianza o en su defecto con el asignado por el Estado, parece haber una contradicción insalvable en el otorgamiento a la oficina policial de facultades que

[1] CREUS CARLOS. Derecho Procesal Penal. Astrea. 1996. p. 301.-
[2] VÁZQUEZ ROSSI JORGE E. Código Procesal Penal de La Nación. Ed. Rubinzal Culzoni. 1993, p. 30.

exhorbiten a las del director de la etapa de recolección probatoria quien se encuentra claramente limitado por la manda contenida en el art. 308 del C.P.P.

Esta clara contradicción que no puede ser resuelta de otro modo que a favor del sujeto pasivo procesal, ello de conformidad a la regla adoptada por el art. 1 del C.P.P. que erige como principio fundacional del proceso al *"in dubio pro reo"*.

A mas de ello y siempre dentro de la vía interpretativa de la norma, lo curioso de la reforma en tren de análisis finca en la letra aprobada por las dos Cámaras Legislativas de la Provincia que sufrió la ingrata intervención de un curioso veto de la mano del Decreto N° 528 del Poder Legislativo resultando que la incorporación delas "libres manifestaciones del investigado correrán la siguiente suerte: "*...Esta información no deberá ser documentada y no podrá ser utilizada en el debate*...". El subrayado se corresponde con la frase que ha sido vetada. Nos encontramos a simple vista y según la opinión de quien suscribe ante la presencia de un verdadero subterfugio tendiente a modificar -*in totum*- el espíritu de la norma sancionada por el órgano legisferante. Lo dicho encuentra un notorio obstáculo en el art. 108 de la Constitución Provincial el cual establece que dentro de los diez días otorgados al Poder Ejecutivo para la examinación de un proyecto sancionado por las cámaras legislativas podrá devolverlo con las objeciones que hacen, dando así la posibilidad de insistir a los órganos legislativos, solo habilita la mentada carta fundacional a la vigencia parcial de la ley de presupuesto –dada la urgente necesidad de su aplicación- en todo cuanto no halla sido objeto de veto por el Gobernador, así entonces encontramos un argumento de exclusión que se adelanta en orden al tema de la incostitucionalidad normativa que infra se abordará.

En la opinión del Dr. Pedro BERTOLINO: *"...Tanto del debate de Senadores como en Diputados...quedó absolutamente claro que el requerimiento policial no debía ser documentado y que lo obtenido no era prueba, en la medida de no poder utilizarse en el debate. A nuestro juicio, el veto parcial del dec. 528 no altera esta inteligencia del instituto: la supresión de la oración final ha generado sólo una suerte de nada normativa; ante ello subsiste, siempre a nuestro entender, el carácter de "no prueba" –directa o indirecta- de los dichos del presunto imputado vertidos en el acto policial que tratamos."*

Desde el punto de vista semántico y- prescindiendo de la expresión de motivos de la cuestionada norma- según su redacción el indicado requerido podrá aportar 1) indicaciones: dará a entender algo mediante indicios o señales. 2) informaciones:

mediante las cuales enterará o dará noticia de una cosa. De lo expresado en la precedente oración se desprende que la admisión de su participación en el hecho investigado y en el marco de un sistema que proclama la libertad probatoria (v. art. 209 del C.P.P.) permitiría su ingreso al proceso para su posterior valoración. Este modo de enmascarar actos que sin duda alguna permiten a la policía tener mas poderes que el propio Agente Fiscal merecen un absoluto repudio y tal y como lo señalan FALCONE y MADINA[3] responde a la aplicación de políticas de control social tributarias dela tolerancia cero impuestas por el Estado de Nueva York en tiempos del alcalde Rudolph Juliani. Sin perjuicio de lo expuesto y según el contenido del diario de sesiones del Senado Provincial la formula adoptada es extraída del sistema italiano a partir de *"la posibilidad de que la policía llegue al lugar y pueda requerir del aprehendido informaciones e indicaciones para continuar inmediatamente con la investigación"*[4].

En palabras de BINDER[5]: *"El proceso penal no es un proceso que busque la confesión. No obstante, nuestros sistemas procesales, predominantemente inquisitivos sobre todo en la face de instrucción no se rigen por este principio y siguen buscando la confesión como uno de los objetivos del proceso."* Ello se contradice con un sistema que consagra la garantía mínima que otorga a la persona sobre la cual pesa algún indicio en su contra que lo hace adquirir un derecho impostergable a contrarrestar dicha imputación.

Otro aspecto que aleja la posibilidad estimar aplicable este elemento legal, es interpretado de una de las garantías mínimas que también surge de la parte general del canon y por la cual señala que para ejercer su defensa el declarante debe tener conocimiento cabal de los hechos que se le imputan y de los cargos que pesan sobre su persona, ya lo antiguos códices exigían que al finalizar el acto de declaración del imputado "indagatoria" se le hiciera saber la calificación de los hechos atribuidos, v.g. el código Obarrio – Código de Procedimiento Penal de La Nación vigente desde 1888 hasta la aparición de la ley 23.984 en 1991- contenía en su articulado la exigencia de tres informaciones previas acerca del hecho imputado –intimación-, del derecho a proponer defensor y del carácter facultativo del acto.

[3] ROBERTO ATILIO FALCONE/MARCELO AUGUSTO MADINA**. El proceso penal en la Provincia** de Buenos Aires. Ad Hoc. 2000.
[4] **Diario de S**esiones de del Senado 16/2/2000, p. 3030.
[5] ALBERTO M. BINDER. **Introducción al derecho procesal penal.** Ad-Hoc. 2002, p. 182.

En otro sentido no resulta coherente la incorporación de prueba obtenida mediante esta formula toda vez que no puede ponderarse como confesión un relato recogido por un funcionario distinto al que el ritual autoriza en su calidad de titular de la acción v. Sala IV, E.D. t. 15 pag. 337 f. 7874 citado por D´ALBORA[6], en tanto le niega valor probatorio a la manifestación solo suscripta por funcionarios policiales.

En su comentario respecto de las declaraciones policiales espontáneas Alejandro CARRIO[7] enseña que *"...una vez producido el arresto de una persona detenida debe ser puesta "inmediatamente a disposición del juez competente"...Seguramente también por las mismas razones –opina el autor-, entre las obligaciones y facultades acordadas a los agentes de policía no figura la de tomar declaración a la persona detenida."* Estas declaraciones tanto en la órbita de la Capital Federal como en la Provincia de Buenos Aires han merecido no menos de un a objeción en cuanto a la presenta "espontaneidad" que las enmarcaba, ello debido al fantasma de los apremios que han caracterizado la vida pre democrática y que no eran otra cosa que la manifestación ilegítima de un poder excesivo y autoritario que ponía por sobre los individuos a las instituciones de al menos dudosa reputación. El caso *Quesada* mencionado por el precitado autor nos muestra a una Corte Suprema preocupada por desterrar el valor probatorio de esta clase de elemento espurio y con referencia al rirual Nacional *"las manifestaciones que hagan los procesados no tienen el valor de prueba de confesión judicial y sólo puede ser prestada ante el Juez competente y con los requisitos que aquél indica..."*[8]. Otros pronunciamientos posteriores de la Corte lamentablemente han dejado de lado este precedente así: Romano y Fiscal c. Nacif.

El caso extremo es el que abarca los casos en los cuales se han utilizado apremios ilegales como medio para la obtención de la confesión del justiciable para los cuales partiendo del standard sentado también por e máximo Tribunal en Montenegro dío lugar a la aplicación de la *exclusionary rule* del derecho anglosajón.

Sin perjuico de lo expuesto hasta aquí y en aras de separar las cuestiones de orden interno normativo que hacen al funcionamiento del sistema ritual de las que específicamente provienen de las mandas de corte constitucional en el apartado que sigue se tratarán problemas de esta índole que de modo excluyente dejan de lado la

[6] FRANCISCO D´ALBORA**.** Curso de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Ed. Policial. 1986, p. 133.
[7] ALEJANDO CARRIO. Garantías constitucionales en el proceso penal. Hamurabi 2002, p. 357.
[8] C.S.J.N.- Fallos 185:75.

velada autorización policial intrometida mediante desarreglos de política criminal incongruente.

La validez constitucional de la reforma

Sentadas que fueron las objeciones de carácter meramente funcional y que hacen a la construcción lógica del sistema adjetivo toca incursionar en el aspecto constitucional de la ampliación de facultades policiales.

En el concenso de los Códigos actuales, en el camino de la incorporación del sistema de la sana critica en el campo de la valoración probatoria, la regla que consagra que toda declaración puede incorporarse y aunque en forma explicita no se menciona a la misma le sigue la excepción que se funda en *incompatibilidad manifiesta* que surge del mecanismo de interpretación total tal cual surge de lo expuesto en las líneas precedentes. Sin embargo las Provincias de Corrientes y San Juan y en particular la de Córdoba –cuya máxima importancia surge del hecho que su texto ha servido como modelo para las demás- han introducido en sus ordenamientos criterios específicos para limitar la introducción del testimonio policial mas aún el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba declamó en distintos pronunciamientos que la declaración del indicado no podía ser ingresada al juicio por vía de los testimonios de los policías anulando las sentencias que utilizaron estas probanzas como elemento basal para arribar a la condena. Sobre el presente enseño Ricardo NÚÑEZ que: al negar "...que los policías pudieran introducir mediante su declaración, la declaración policial escrita del imputado, no fue porque los poliías carecieran de capacidad para ser testigos, sino porque la ley prohibe que su testimonio tenga por objeto el contenido de un acto que no se debe introducir, directa ni indirectamente al debate..."[9].

Enseña SAGÜES[10] que *"el principio constitucional de prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo produce el impedimento de coaccionar a un acusado a actuar como sujeto de prueba, esto es, a operar como órgano de prueba* . Mas delante señala que *"... El imputado funciona sujeto de prueba cuando su conducta es necesaria (vale decir, cuando se le requiere su colaboración activa) para realizar ciertas diligencias probatorias, como por ejemplo confeccionar un cuero de escritura (Maier, Gullco)*....Por último pone de relieve que *"...Respecto de las hipótesis de inculpado como objeto de prueba, la doctrina se halla dividida. Una tesis restrictiva*

[9] NÚÑEZ, RICARDO**.** Código Procesal Penal de la Pcia de Córdoba anotado. Lerner. 1978. p. 215.
[10] SAGÜES, NÉSTOR PEDRO**.** Elementos de derecho constitucional, tomo 2. Astrea 2001, p. 777.

considera que indirectamente se está obligando a aquél a declarar (Alcalá Zamora y Castillo, Levene) Maier en cambio opina que en esas hipótesis es irrelevante la voluntad del imputado y no es necesario su consentimiento para llevar a cabo el acto, tratándose siempre se una colaboración básicamente pasiva….".

Otro elemento para examinar es el que brinda el marco referencial de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que reza en su art. 29 *"A ningún imputado se le obligará a prestar juramento, ni a declarar contra sí mismo en materia criminal..."* esta norma sella la suerte del presente al aportar un dato de la realidad inexcusable la propia constitución asegura la prohibición de la autoincriminación del imputado en el procedimiento penal, lo que refuerza la preeminencia del art. 308 y de las garantías que este contiene a la desautorizada cláusula que pretende introducir el inc. 8 del art. 294 según ley 12.405.

Debe considerarse en sentido favorable a lo hasta aquí expuesto, que incluso la declaración del sujeto pasivo procesal ante sede judicial pueda requerirse bajo la presencia del magistrado garante del proceso -representando la plenitud jurisdiccional ante el proceso=, tal y como lo ordena el art. 308 del sistema procesal de la provincia de Buenos Aires[11].

Se deben destacar dos institutos aplicables en función de lo extraído de la conclusión precedente la regla de la incostitucionalidad –lo que acarrea la nulidad de lo actuado art. 201 del C.P.P.- y que como sanción procesal que fulmina el acto le resta validez, -haciendo insalvable la actividad atacada por tratarse de una nulidad de orden absoluto que carece de remedio alguno; y a consecuencia de esto se gatilla la segunda regla que es la de la exclusión probatoria –art. 211 del C.P.P. la cual impide utilizar como medio probatorio la actividad que ha sido fruto de la conculcación de garantías de raigambre contitucional-.

Sin perjuicio de desconocer quien suscribe precedente alguno en el cual se halla planteado el presente problema en el ámbito local merece la ocasión efectuar una breve incursión en torno a lo resuelto por los Tribunales Provinciales respecto de otro instituto que también fue modificado por la ley 12.405 –y en su mismo espíritu creo-, aunque se refiera a otra vertiente de las garantías que el estado le debe al justiciable cual es el caso de la excarcelación. La Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de San Isidro

[11] D'ELIA / OLIVERA ZAPIOLA, DIEGO. Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. El Foro 2017, p. 537.

en el Incidente excarcelación en Causa N° 731 en abril de 2000, declaró la inconstitucionalidad del inc. f) del art. 171 del C.P.P. según ley 12.405 para el caso concreto por cuanto entre otros argumentos que difieren de los requeridos en el presente estudio por contrastar con las mandas emanadas principalmente del art. 21 de la Constitución Provincial y del Art. 18 de la Constitución Nacional.

La inconstitucionalidad del precepto es la mejor solución para remediar la crisis que provoca en el sistema, y si bién el mecanismo de revisión de constitucionalidad es complejo, siguiendo las directrices de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, principalmente en torno al caso Marbury v. Madison" este rol recae sin dudas sobre el Poder Judicial. El art. 166 de la Constitución Nacional al declarar que el poder Judicial de La Nación debe conocer y decidir *"todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución"* indica que se debe aplicar su texto y descartar el derecho contrario a ella. Ello exige sentar las bases mínimas del régimen de control de constitucionalidad, desplegado después por la jurisprudencia y la legislación del país. En cuanto a la posibilidad de declaración su de oficio la Corte Suprema ha sido contraria por ejemplo el caso "Tumini"[12], argumentando que de concederse esa facultad a los tribunales, crecería excesivamente el poder de éstos. Tal alegación al decir de SAGÜES[13] es inconsistente, ya que si *...la Constitución es ley suprema, debe ser efectivizada por los jueces, aunque las partes no la invoquen (cosa que implica no efectivizar a la ley inconstitucional), como deber propio de una correcta administración de justicia, y sobre la base del principio iura novi curia ("el juez conoce el derecho"). Paralelamente la hipótesis de despotismo judicial por el motivo que nos ocupa parece totalmente exagerada. Por lo demás la Corte ha declarado de oficio la inconstitucionalidad de leyes que afectaban su propia competencia constitucional...*".

En otros precedentes referidos a la misma problemática los Juzgados de Garantías y sobre la base de los art. 16, 18 de la Constitución Nacional; 10, 11, 16 y 57 de la Constitución Provincial; art. 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 7° inc. 1, 2, 3, 5 y 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 9 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también tacharon de inconstitucional la mentada norma (Causa N° 1857 del Juzgado de Garantías N° 2 de San Martín y en Causa N° 1083 del Juzgado de Garantías N° 2 de Dolores).

[12] Fallos C.S.J.N. 306: 2023.
[13] SAGÚES. Elementos de derecho constitucional, tomo 1, 2003, p. 279.

En el ámbito de la Corte Suprema de Justicia lamentablemente poco es lo que puede afirmarse a favor de la hipótesis planteada en el presente sin perjuicio de no desconocer el consagrado valor de fallos de la talla de Montenegro o Rayford –entre otros-, es en contraste notorio el negativo resultado en diversos casos en los que se objeto la intervención del personal policial como vocero de las manifestaciones espontáneas del investigado, así en la causa Cabral[14]. se expidió desestimando el recurso traído por la defensa al entender que el origen de la prueba estaba dado por un dato aportado por el imputado al personal que lo conducía hacia la dependencia policial concluyendo que *"...ese dato, en la medida que no sea producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal...pues lo contrario...impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de es comunicación..."* , en similares términos se expidió en los casos Jofré[15] , Schettini[16]. y García D´Auro[17]. Sin perjuicio de ello dichas opiniones del máximo Tribunal fueron dictadas en casos ajenos a la aplicación del procedimiento reglado por la ley 23. 984 que específicamente establece en su art. 184 que "...*Los funcionarios de la Policía...no podrán recibir declaración al imputado. Solo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará de sus derechos y garantías..."* Ello sin dudas marca un nuevo camino a seguir mas ajustado a las premisas de nuestra Constitución Nacional.

Breve reseña historia acerca de la declaración inculpado

En el desarrollo de la historia de los pueblos europeos antiguos, vemos que el juramento cumplía un rol esencial a la hora de declarar, de este modo nacen los juicios de dios, donde lo declarado era sostenido con el sometimiento a escarniosas pruebas de agua o de fuego. El establecimiento de estos juicios de divinos servía para sellar la verdad de un juramento prestado, de ese modo se daba la razón a quien era capaz de sostener "la verdad" bajo tormento, puesto que al demostrar que tenía el valor de soportarlos, no cabía duda para los jueces, que era el dios quien respaldaba su declaración. El juramento prestado antes de someterse a esas torturas se convertía así en un juramento de purificación. En Roma no encontramos este modo de valorar ls dichos del imputado. El hecho de que los romanos no practicaran los juicios de dios en los

[14] L.L. 1993-B-257.
[15] Fallos C.S.J.N. 317:241.
[16] L.L. 1995-B-33.
[17] L.L. 1996-B-384

albores de su historia, revela sin duda un desarrollo mas avanzado en el campo del derecho.

La proscripción de estos juicios de dios por los romanos fue a decir de Rudolf VON IHERING[18] *"un acto digno de un pueblo cuya vocación era el derecho, una de sus proezas más colosales, porque significaba no solamente una ruptura completa con el pasado, más que nada porque presuponía liquidar una institución religiosa: era la hazaña de Hércules en la cuna"*. Ello significaba nada menos que quitar a los dioses la investidura judicial que habían gozado hasta entonces, o sea una intromisión en los derechos divinos. Sin embargo esta proscripción de los juicios de dios no fue radical, sino que se transformó en el proceso *per sacramentum*, que era una forma de conciliar los intereses de los dioses y los mortales. En dichos procesos se depositaba el sacramentum o sacrificio ante los sacerdotes de los dioses, quienes se encontraban ajenos al conflicto y de ese modo el juramento fue transformado en un depósito. Debe ponerse de resalto que dentro del proceso romano se encuentra consagrada la máxima "*Nemo tenetur edere contra se*" (nadie está obligado a declarar en su contra). En concreto este aforismo clásico estaba referido a que nadie podía ser compelido a suministrar pruebas en su contra, pues ello que supondría otorgar pruebas a favor del adversario o enemigo[19]. Las formas inquisitivas de la madre patria jurídica y el derecho a la no incriminación no han tenido por así decirlo una amistad muy estrecha, los sistemas tributarios del derecho español heredaron –como el nuestro- de la época de la colonia, las Leyes de la Partida y el recuerdo de la Santa Inquisición. Así durante la vigencia del sistema inquisitivo basado en la presunción de culpabilidad, la máxima "*Nemo tenetur edere*" fue guardada en un cofre sin llave y el arrancar una confesión se tornaba vital para el juez inquisidor. Bajo el sistema inquisitivo, donde la confesión era considerada la "reina de las pruebas", se fueron perfeccionando múltiples mecanismos de tortura que hicieran confesar al procesado. La tortura era entendida como un medio de averiguación, aunque en la práctica era una verdadera pena al procesado.

Ello estaba íntimamente ligado al tratamiento del imputado como un verdadero "objeto" del proceso. Es un hecho que el desarrollo del derecho a declarar en el sistema occidental europeo, sufrió grandes cambios antes y después de la revolución francesa de

[18] IHERING, RUDOLPH VON **.** Bromas y Veras en la ciencia jurídica. Madrid, Civitas, 1987, p. 182.

[19] CFR. COUTURE, EDUARDO. Sobre el precepto 'Nemo Tenetur edere contra se'**.** En: La Justicia, Año XVI, N° 228, T. XVU, México D.F., Agosto 1946. Otros encuentran un probable origen de este derecho en el Talmud y las enseñanzas de Rava.

1789. Tal como señala Edmundo HENDLER, se realizaron algunas reformas antes de la citada revolución, como la acontecida en Lombardía en 1768 donde se prohíben las preguntas sugestivas, las amenazas y las promesas; previo a ellos en Nápoles en 1738 se prohíbe la tortura y en especial el Decreto Real francés de 1788 que proscribe al "*question préparatoire*" esto es la tortura para obtener la confesión. Posteriormente los Estados Generales abolieron la tortura. Años después, sin embrago el interrogatorio del acusado sufre una regresión al ser considerado nuevamente como una medida de instrucción. Es decir donde el procesado debía ser interrogado antes de conocer los cargos en su contra. Todo lo cual se plasma en el Code d'instruction criminelle de 1808, que consagrada un inquisitivo reformado y que busca encontrar la verdad a partir de las declaraciones del imputado[19] [20]. Tal como se recepta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español *"mientras que en el viejo proceso penal inquisitivo regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que su declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones*". Así entonces, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (...) son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación activa y pasiva[21].

Actualmente continúa la discusión entre los que sostienen que la declaración es un medio de prueba y los que sostienen que es un acto de autodefensa. En la resolución del Tribunal Constitucional Español precitada, podemos observar estas dos posiciones, razón por la cual, el interrogatorio es considerado como un acto complejo, pues a la vez que se manifiesta como un acto de defensa sirve de orientación para la actividad investigatoria y del que, eventualmente, el juez pueda obtener un elemento de

[20] CFF. HENDLER, EDMUNDO S Y IGNACIO TEDESCO.La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada en la justicia criminal en Francia e Inglaterra, en: Sistema Procesales Penales Comparados, Edmundo S. Hendler Director. Buenos Aires, Ad Hoc. 1999 p 405-407.

[21] STC 197/1995 32 CFR. REVILLA GONZÁLEZ, JOSE-ALBERTO. El interrogatorio del imputado. Trotta. 1997.

convicción[22]. El caso Lilburne marca un nuevo hito en este desarrollo ya que modernamente, en la Inglaterra del siglo XVII, encontramos el derecho "*a no suministrar pruebas contra sí mismo*" instituido en franca confrontación a los procedimientos inquisitivos. Uno de sus más arduos defensores fue Sir Edward Cooke.
Es en el famoso caso Lilburne donde se encuentra el primer precedente que se registra sobre este derecho. El señor Lilburne entre los años de 1637 y 1638 se negó a prestar juramento cuando fue detenido por la Star Chamber, el Tribunal Inquisitivo inglés, por importar libros que eran considerados de carácter sedicioso de Holanda hacia Inglaterra. Alegando su inocencia fue torturado y multado. En el año de 1640 al presentar una petición ante la Cámara de los Comunes -quienes de inmediato reconocieron al arbitrariedad de tal proceder- fue dejado en libertad, reconociéndose la ilicitud de la sentencia impuesta. De este modo el derecho a no suministrar pruebas contra uno mismo fue recogido en la Declaración de Derechos de Virginia de 1774, a través de los internacionalmente reconocidos Bill of Rigths[23]. que tanta repercusión ha tenido en el concierto internacional.La estirpe anglosajona del derecho moderno a la no incriminación salta a la vista. En Estados Unidos de Norteamérica la famosa V Enmienda lo elevó a rango constitucional. Posteriormente, sobre el contenido de este derecho es famosa la ejecutoria del caso Miranda vs. Arizona, al cual nos referiremos en el siguiente punto.

A propósito de las garantías de las que goza el individuo y a la luz del análisis jurisprudencial que hizo suyo en reiteradas oportunidades nuestra Corte Nacional con cita a los standards de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América se pasan a analizar dos casos que establecen un antes y después en cuanto a las garantías mínimas de las que goza el sujeto de derecho.

El caso Gideon

Los juicios seguidos contra Clarence Earl Gideon son, en el contexto histórico de la máxima judicatura estadounidense, de una importancia enorme, y se refieren precisamente al derecho objeto de este estudio. Una de sus rasgos distintivos lo

[22] Cfr. BUTELER, PATRICIO. El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo. En: Jurisprudencia Argentina, 1967, Vol. VI. Además de HENDLER, EDMUNDO. Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU., p. 175.

[23] Cfr. CABALLERO, RICARDO JUAN. Justicia Criminal, debates en la Corte Suprema, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 80. Señala además que irónicamente Miranda fue asesinado años después de recuperar su libertad en una taberna en Phoenix en el año de 1976 y que al imputado por su muerte se le advirtieron los "derechos Miranda".

constituye que un hombre con escasa preparación se enfrentó a todo el sistema procesal establecido y alegó que sus derechos constitucionales habían sido violentados, logrando uno de los más grandes cambios en los procedimientos judiciales de ése país.

A primera hora de la mañana del 3 de junio de 1961, un oficial de policía de Panama City del estado de La Florida descubrió que un establecimiento comercial "The Bay Harbor Playroom" tenía las puertas abiertas y que, adentro, dos máquinas habían sido vulneradas y robadas.

Basados en los dichos de un testigo ocular, se arrestó a Clarence Gideon, un vagabundo de 51 años de edad, que, en forma ocasional, ayudaba en las afueras del negocio. Siendo las probanzas en su contra endebles y sin tener en cuenta que el encartado alegó en todo momento su inocencia, dos meses después fue llevado a juicio.

De acuerdo con la norma vigente entonces, Gideon, a pesar de su indigencia, no contó con los servicios de un abogado defensor público del Estado. Ya en 1942 la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., en la decisión Betts vs. Brady, había consagrado ese derecho sólo a aquellos imputados que eran juzgados por un cargo capital. Aunque muchos Estados habían, de hecho, ampliado ese beneficio y otorgado asistencia letrada a los acusados de cualquier delito el de La Florida no lo hacía. El juez Robert L. Mc Crary Jr. hizo lo mejor de su parte para proteger los intereses de Gideon cuando el juicio se inició, pero no asumió, por supuesto, el papel de abogado, sino que esa tarea le fue dejada al propio imputado.

En esas circunstancias, Clarence Gideon, un hombre de limitada educación pero eficiente ingenio, dio lo mejor de sí, pero fue rebatido fuertemente por el abogado del Estado, William E. Harris, basado en el testimonio de un hombre llamado Henry Cook, quien afirmó haber visto a través de una ventana a Gideon dentro del negocio en la mañana en que se cometió el ilícito. Según su versión, el acusado permaneció por varios minutos dentro y luego salió, sosteniendo un vaso de vino en su mano; hizo una llamada telefónica desde una cabina próxima y abandonó el lugar al ver que un camión se acercaba.

En el interrogatorio, Gideon interpeló a Cook para que justificase su presencia fuera del bar a esa hora de la mañana. El testigo sólo contestó que él venía de un baile y había estado afuera toda la noche. Alguien con mayor experiencia en hacer un interrogatorio minucioso hubiese explorado esa línea de cuestionamiento,

potencialmente fructífera, pero Gideon la dejó pasar y se sumió en un discurso vago y argumentativo. Ocho testigos depusieron a su favor pero ninguno ayudó a la defensa y Clarence Gideon fue finalmente encontrado culpable. La sentencia a Gideon no demoró se lo declaró culpable y se le impuso la pena de cinco años de prisión –pena máxima para esa clase de ilícito-.

Indignado con el veredicto, y particularmente por habérsele negado patrocinio, Gideon apeló a la Corte Suprema de La Florida en un escrito de habeas corpus, en el cual solicitó ser dejado en libertad por haber sido ilegalmente privado de libertad. Al rechazarse este requirimiento, escribió un documento de cinco páginas titulado "Petición para un mandato de certiorari dirigido a la Corte Suprema" -el mandato de "certiorari" es una orden de una corte de apelaciones para escuchar un caso particular-. En otras palabras, Gideon le estaba solicitando a la Corte Suprema de los Estados Unidos escuchar su caso. El litigio fue etiquetado bajo el título de "Gideon vs. H.G. Cochran Jr", este último era el Director del Correccional en el que se encontraba el nombrado detenido.

La Corte decidió escuchar la petición de Gideon. El letrado Abe Fortas, quien más tarde ocuparía una magistratura, fue designado para abogar por el caso. Bruce R. Jacob y George Mentz respondieron por la contraparte. Como antes de esa fecha el señor Cochran renunció a su cargo, el caso se renombró a "Gideon vs. Wainwright", quien ocupo el cargo de aquél.

El defensor, argumentando que la naturaleza restrictiva del fallo Betts. vs. Brady había producido una grave injusticia a Gideon, hizo una analogía incisiva y profunda, recordando a Clarence Darrow, un abogado que fue juzgado por tratar de comprar un jurado. "La primera cosa que él comprendió fue que necesitaba un abogado - él, uno de los más grandes delincuentes del país". Era tiempo, dijo Fortas, de que la ley cambiase. El 18 de marzo de 1963 la Corte Suprema, en forma unánime, anuló la doctrina contenida en Betts vs. Brady, y estableció que todos los acusados tenían derecho a representación legal, independientemente del crimen o delito imputado. El juez Hugo L. Black expresó en su dictum lo siguiente:

"La razón y el razonamiento nos obliga a reconocer que, en nuestro sistema criminal de justicia, en el que cualquier persona puede ser llamado a Corte, quien es muy pobre para contratar los servicios de un abogado no puede asegurar un juicio justo si no se le provee de asistencia. Esto debe ser para nosotros una verdad obvia".

El 5 de agosto de 1963, Clarence Gideon compareció de nuevo ante el Juez Robert L. McCrary en la Corte que previamente lo había condenado. Esta vez, tuvo un abogado experimentado, Fred Turner, en su defensa. Henry Cook fue de nuevo el testigo basal en la acusación, pero le fue mal bajo el incisivo cuestionamiento de Turner. Particularmente importante fue el hecho de que admitiese haber negado detalles de su récord criminal en el primer juicio. Debido a la pobreza de lo demostrado por ese testigo, el jurado absolvió de todo cargo al acusado.

El caso Miranda

Si Gideon vs. Wainwright estableció expresamente el derecho de toda persona a tener un defensor letrado en el proceso penal, no importa la magnitud del delito atribuido ni las características personales del presunto delincuente, el caso Miranda daría un paso más, al centrar su fallo en algunos derechos concretos de los detenidos, entre ellos, por supuesto, el de ser asesorado por un profesional en leyes desde el inicio del proceso, incluso antes de declarar, y que esté presente en los actos procesales.

Los hechos que motivan la investigación del caso son los siguientes: En las primeras horas del día 3 de marzo de 1963, una joven empleada de un cine fue acosada por una persona extraña cuando se dirigía a casa proveniente de su trabajo. El atacante la arrastró hasta su automóvil, manejó hacia el desierto, la violó, y luego la dejó en libertad. La historia que ella contó a la policía, aunque vaga y contradictoria, describió a su atacante como un mejicano que usaba anteojos, mayor de veinte años, que manejaba un vehículo de los primeros años cincuenta, tal vez un Ford o Chevrolet.

Una semana después, la mujer y su cuñado reconocieron el auto: un Packard 1953, que resultó registrado a nombre de Twila N. Hoffman; su novio, Ernesto Miranda, de 23 años, llenaba la descripción del atacante del modo más exacto posible. El joven tenía una larga historia de inestabilidades emocionales y conductas delictivas, incluyendo un año de prisión por tentativa de violación.

En el establecimiento policial, el sospechado fue colocado en fila junto con otros tres mejicanos de similar contextura física, frente a vidrios polarizados. La víctima no lo identificó en esa oportunidad, pero afirmó que él era el que le producía el mayor recuerdo de su atacante. En tales circunstancias se lo condujo a Miranda a un cuarto de interrogación. Se le dijo que había sido identificado y se le preguntó si deseaba hacer una declaración. Dos horas después, el imputado aportó una confesión por escrito. No

hubo evidente coerción o brutalidad; además, incluida en la confesión, había una sección que hacía constar que él había entendido sus derechos.

Por su condición de indigente, a Miranda se le asignó un defensor público, Alvin Moore, quien estudió la evidencia que obraba en contra de su cliente. Aparentemente, el Estado tenía un caso inatacable, reforzado por supuesto por la confesión -plena prueba en el common law-. Pero aún así, había algo en esta que, para el defensor, era cuestionable. Convencido de que había sido obtenida impropiamente, intentó sostener su inadmisibilidad.

Tan sólo cuatro testigos comparecieron en el juicio: la víctima, su hermana y los detectives Cooley y Young. Después de los testimonios, el Fiscal argumentó que la víctima había sido forzada y que el acusado había aplicado fuerza y violencia directamente contra ella. La defensa respondió destacando las inconsistencias de la historia de la víctima: había dicho que era virgen antes del ataque, lo cual fue negado por exámenes médicos, y no recordaba la exacta cronología de los eventos de esa noche. Tampoco demostró evidencias de contusiones o golpes después del ataque. Pero no sería este el estandarte de la defensa el mismo surgió del interrogatorio efectuado a uno de los policías quien al deponer puso en evidencia que al encartado no se le hizo saber que le asistía el derecho a contar con un abogado defensor, ello fue razón suficiente para que la defensa del joven objetar la confesión como evidencia, pero dicha objeción fue desestimada por el Juez interviniente. Así, Ernesto Miranda fue declarado culpable de secuestro y violación y sentenciado a prisión.

No obstante ello los argumentos de la defensa sobre la confesión provocaron una tormenta legal. La condena a Miranda fue apelada ante la Corte Suprema, y el 13 de junio de 1966 el Juez Earl WARREN, en el voto de mayoría -el caso quedó 5 a 4- estableció por primera vez guías inequívocas sobre qué es y qué no es permisible en una sala de interrogatorios: *"Antes de cualquier cuestionamiento, la persona debe ser advertida que tiene el derecho a permanecer callado, que cualquier declaración que haga puede ser usada como evidencia en su contra, y que tiene el derecho a la presencia de un abogado, ya sea contratado o designado"*.

La condena de Miranda fue anulada, y el Estado de Arizona tuvo que dejar en libertad a su más célebre prisionero. Sin la confesión, las posibilidades de demostrar la culpabilidad eran improbables. Irónicamente su ex esposa puso en conocimiento de las

autoridades lo que conocía sobre el ilícito investigado y de ello resulto la condena del célebre Miranda -por otra vía-.

Como resultado de la repercusión de los dos casos referenciados previamente – aunque de mayor influencia fue el último de ellos- el sistema norteamericano estableció las Enmiendas Quinta y Sexta a su Constitución las cuales rezan respectivamente "Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privada de su vida, de su libertad o de su propiedad privada para uso público, sin justa causa."; "En todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito haya sido cometido, distrito que será previamente fijado por ley; a ser informado de la clase y causa de la acusación; a carearse con los testigos en su contra; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los que cite a su favor y la asistencia de un abogado por su defensa."

El Caso Arizona v. Fulinante

El Tribunal Supremo del Arizona decretó en este caso que se analizará que la confesión de Oreste Fulminante, recibida como evidencia en su juicio que se le seguía por asesinato, había sido forzada, y que su uso contra él fue contrario a las enmiendas quinta y catorceava a la constitución de Estados Unidos. La corte también sostuvo que la regla del error no se podría utilizar para abonar su convicción. Los hechos fueron los siguientes: Temprano por la mañana del 14 de septiembre de 1982, Fulminante llamó a la policía del departamento de Mesa, estado de Arizona para divulgar que su hijastra de 11 años de edad Jeneane Michelle, faltaba de su hogar. Él había estado cuidando a la menor mientras que su esposa, madre de Jeneane, estaba en el hospital. Dos días más adelante, el cuerpo de Jeneane fue encontrado en un desierto al este del Mesa. La asestado dos disparos de arma de fuego en la cabeza con una arma de gran calibre, encontrándose además un lazo alrededor de su cuello. Debido a la condición descompuesta del cuerpo, era imposible decir si la habían asaltado sexualmente. Las declaraciones de Fulminante a la policía referentes a la desaparición y a su relación con

Jeneane demostraban un sinnúmero de inconsistencias, convirtiéndose así en un sospechoso de la matanza la niña. La causa se archivó por falta de pruebas contundentes en su contra. Tiempo después Fulminante fue condenado en el estado de Nueva-Jersey por el cargo federal de posesión de un arma de fuego. Fulminante ingresa por este motivo en la institución correccional federal del arroyo del rayo en Nueva York. Allí él trabó amistad con otro interno, Anthony Sarivola, quien cumplía entonces una condena por extorsión. Los dos hombres compartían varias horas al día juntos. Sarivola, se había desempeñado en las filas policiales con anterioridad, aunque también fue implicado en actividades relacionadas con el crimen organizado, y en el último tiempo previo a su detención operó como informador pago de la oficina de la investigación federal. Mientras se encontraba detenido en la prisión de arroyo del rayo, Sarivola utilizaba el mascarón de figura organizada del crimen. El informante escucho un rumor que indicaba que Fulminante fue sospechado de matar a un niño en el Arizona. Sarivola entonces levantó el tema con Fulminante en varias conversaciones, pero Fulminante negó en varias ocasiones cualquier implicación en la muerte de Jeneane. Durante una conversación, él dijo a Sarivola que creía que Jeneane había sido matado por los motoristas que buscaban las drogas; en otra ocasión, él dijo que él no sabía qué había sucedido. Sarivola pasó esta información a un agente de la oficina de la investigación federal, que mandó a Sarivola descubrir más. Una tarde en octubre de 1983 él y Fulminante caminaron juntos alrededor del patio de la prisión. Sarivola dijo que él sabía que Fulminante "comenzaba a conseguir cierto hostigamiento por parte de otros reclusos" debido al rumor. Sarivola entonces se ofreció para proteger Fulminante contra los internos, pero a cambio debía decirle la verdad acerca del episodio con la menor. Fulminante entonces admitió a Sarivola que él había conducido Jeneane al desierto en su motocicleta, en donde él la estranguló, la asaltó sexualmente, y terminó con su vida disparándole dos veces en la cabeza. Sarivola puesto en libertad en noviembre de 1983. Fulminante fue liberado en el mes de mayo siguiente, por encontrarse hasta entonces sólo acusado por tenencia de armas. El 4 de septiembre de 1984, Fulminante fue procesado en el Arizona por el asesinato en primero-grado de Jeneane. Antes del juicio, Fulminante se movilizó para suprimir la declaración que él había dado Sarivola en la prisión, así como una segunda confesión que él había dado a Donna Sarivola después de recuperar su libertad. Él afirmó que la confesión a Sarivola fue forzada, y que la segunda confesión era la "fruto" de la primera.. Después de la audiencia, la corte de fallo denegando el intento para suprimir la prueba, específicamente encontrando que,

basado en los hechos estipulados, las confesiones eran voluntarias. El estado introdujo ambas confesiones como evidencia en el dictamen, y el 19 de diciembre de 1985, Fulminante fue condenado por el asesinato de Jeneane. Posteriormente lo sentenciaron a muerte. Fulminante apeló, discutiendo, entre otras cosas, que su confesión a Sarivola fuera el producto de la coerción y que su admisión en el caso violó sus derechos al debido proceso, bajo la quinta y catorceava enmiendas de la constitución de Estados Unidos. Después de considerar la evidencia en el caso así como los hechos estipulados antes de que la corte pasara a resolver, el Tribunal Supremo del Arizona sostuvo que la confesión fue forzada, pero se determinó inicialmente que la admisión de la confesión en el caso era error inofensivo, debido a la naturaleza abrumadora de la evidencia contra Fulminante. -Ariz. 237, 778 P.2d 602 (1988)-. Sobre el movimiento de Fulminante para la reconsideración, sin embargo, la corte gobernó que el precedente de esta corte imposibilitó el uso del análisis inofensivo del error en el caso de una confesión forzada. La corte Suprema por lo tanto invirtió la convicción y pidió que Fulminante esté revisado sin el uso de la confesión a Sarivola. Debido a las posturas que divergían entre el estado y las cortes federales si la admisión en el caso de una confesión forzada está conforme a un análisis inofensivo del error, se concede la petición del estado para el certiorari.

La mayoría abandona hoy lo que hasta este momento ha mirado la corte como axiomático, esto es que un demandado en un caso criminal se lo prive del debido proceso de la ley si su convicción se funda, enteramente o en parte, sobre una confesión involuntaria, sin el respeto para la verdad o la falsedad de la confesión, Rogers v. Richmond, los 365 E.E.U.U. 534, y aunque hay evidencia amplia aparte de la confesión para apoyar la convicción. Malinski v. Nueva York, los 324 E.E.U.U. 401 (1945); Stroble v. California, los 343 E.E.U.U. 181; Payne v. Arkansas, los 356 E.E.U.U. 560.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos refuerza con su carácter supranacional la garantía contra la autoinculpación al establecer en su capitulo dedicado a las garantías judiciales el art. 8 inc. g) el derecho a o ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, sellando de este modo un camino sembrado de restricciones para quienes quieran entender que al investigado no le asisten derechos previos a su manifestación. Esta norma unida a los incs. b), d) y e) proporcional un marco de garantías que no son otras que las identificadas en los instrumento procesales modernos.

La Corte interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que "Los tratados sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función del intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los contratantes. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos sometidos a su jurisdicción".

En igual sentido al apuntado respecto del Pacto de San José de Costa Rica se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 apartado g) al decir que asiste a los individuos el derecho *"a no ser obligada a declarar contra sí misma ni confesarse culpable"*.

Ambas normas resultan un verdadero refuerzo a la manda emanada del art. 18 de la Constitucional operando todas ellas en una misma dirección sirviendo así de una sólida plataforma fundamental sobre la cual deberán erigirse los derechos humanos analizados.

Colofón

Durante el presente desarrollo se ha intentado establecer diversos aspectos que hacen a la inaplicabilidad de una norma que al modo de ver de quien suscribe atribuyen a la policía atribuciones que la exceden y que de conformidad a las directrices de un estado de derecho solo le atañen al órgano jurisdiccional o en su caso al titular de la acción penal. Mas esta tarea deberá aguardar hasta que a la luz de los hechos se advierta el camino que jurisprudencia y doctrina adopten. Tiénese a este esbozo como una simple muestra del interés por resguardar las garantías que el proceso debe depararle al sujeto procesal mas débil quien sin lugar a dudas es el imputado.

* * * * * *

Prof. Giuseppe De Angelis
Abogado. Prof. S.S.P.L. Facultad de Derecho, Universidad de Salerno, Italia. Socio de la FICP.

~Crimen organizado: prevención y represión en la perspectiva italiana y europea~

I. INTRODUCCIÓN: LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN ITALIA, ORIGEN NORMATIVA Y LEY DE CONTRASTE.

El análisis de los numerosos problemas relacionados con la prevención y la represión del crimen organizado no puede hoy ignorar una observación que va más allá de las fronteras nacionales para ofrecer al intérprete una versión clave del fenómeno a escala europea e internacional.

Italia, donde sin duda el fenómeno asume, incluso por razones históricas, características de mayor alarma, está llamado a desempeñar un papel de liderazgo en la escena internacional de contraste con el crimen organizado, porque, por un lado, el país ha sido, y sigue siendo trágicamente devastado por la presencia de grupos criminales agresivos, por otro lado es uno de los países líderes en el desarrollo de metodologías contraste con el fenómeno y tiene en la industria una de las normativas más eficaces y avanzados.

El sistema legal italiano, desde los años 30 del siglo pasado, ha introducido el art. 416 del Código Penal, aún vigente, a través del cual se incriminar a las asociaciones de personas consideradas - debido a los medios utilizados y / o los objetivos perseguidos - una amenaza para la seguridad del Estado o el orden público en una forma de protección temprana, las intenciones del legislador, reprimir a las asociaciones que, al establecerse ilícitas o paralizadas, ponen en peligro la seguridad de la comunidad.

Esta disposición castiga a cualquier persona que promueva, constituya, organice o solo participe en una asociación, que debe estar compuesta por al menos tres personas con el fin de cometer una serie indeterminada de delitos.

Los elementos que distinguen a una asociación delictiva en la que varias personas participan en el mismo delito de conformidad con el art. 110 c.p., son dos: el elemento organizacional y la indeterminación del programa criminal.

La regla de asociación criminal fue considerada por los abogados y profesionales del derecho, insuficientes para contrarrestar el fenómeno del crimen organizado y la

mafia, como, en los años 80, a raíz de los asesinatos a manos de las asociaciones de la mafia, la parlamentaria Pio La Torre, autor de un proyecto de ley que prevé la introducción en el 'sistema italiano de la nueva figura de delito de 'asociación ilícita' con la predicción de la confiscación de los activos de la mafia y, a continuación, el prefecto de Palermo general Carlo Alberto Dalla Chiesa, se llenó un vacío legislativo con la introducción del art. 416 bis c.p. que, en un proceso progresivo de "especialización del caso asociativa, incluso castiga la mera participación en una indiferencia asociación criminal un plan criminal se encomiendan a la consecución de los objetivos al poder intimidante de la restricción de la mafia como tal.

El artículo 416 bis del Código Penal protege los intereses legales, tales como el orden público, la libertad de mercado, el orden democrático y la iniciativa económica, castigar a los que, a través de los "métodos de la mafia", adquirir directa o indirectamente la gestión o la control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratación pública y servicios; prevenir u obstaculizar el libre ejercicio del voto durante las consultas electorales; hacer ganancias injustas o ventajosas para ellos mismos o para otros.

El "método de la mafia" consiste en utilizar la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y la subsiguiente condición de subyugación y silencio.

Para poder intimidante que significa la capacidad, por lo general evidente en la mafia histórico, para asustar y luego acondicionar el entorno de referencia para beneficiarse de ellas a los efectos del enjuiciamiento de los fines asociativos.

La ley italiana ha ofrecido en los últimos años contribuciones interpretativas considerables a la disciplina en términos de organizativos de tipo mafioso crimen, mediante la creación de figuras jurídicas, de hecho, la jurisprudencia, por ejemplo, la competencia externa en asociación con la mafia.

En el Código Penal italiano no existe una disposición expresa que castiga supuestos y su caso ha sido desarrollado por la jurisprudencia, ya que el Tribunal de Casación en sesión conjunta el 5 de octubre de 1994 (depositada el 28 de diciembre de 1994), Demitry, que considera punible quien, aunque no es parte de la asociación mafiosa, conoce los objetivos y métodos utilizados por este último, proporciona una contribución concreta y específica con el efecto de preservar o fortalecer la organización delictiva.

Un ejemplo clásico es el del sujeto que, no incluido en la estructura organizativa de la mafia, proporciona una base segura para las reuniones de los miembros o para la conservación de las armas.

En el complejo tema de la competencia externaen la asociación de tipo mafioso, así como varias sentencias del Tribunal Supremo que han definido mejor los contornos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 14 de abril de 2015, n.66655 / 13 Apelación, Contrada v. Italia), y ha hecho que la equivalencia sustancial entre las fuentes de la legislación y la jurisprudencia en materia penal, ha llegado a sentir lo suficientemente determinado la institución de la competencia externa sólo después del proceso judicial iniciado en 1994.

De hecho, para el Tribunal de Estrasburgo violaría el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por no cumplir con el principio nullum crimen, nulla poena sine lege, una sentencia de juicio cualquier competición en colaboración de la mafia, que ha ocupado dicha conducta anterior a la decisión jurisprudencial de 1994, en cuanto a la institución no había sido todavìa suficientemente regulada.

La lucha contra el crimen organizado, en Italia, también utiliza mecanismos legislativos inspirados en la llamada recompensa, o en tratamientos penales favorables, que consisten esencialmente en penas y sanciones.

Sobre la base de los efectos positivos logrados principalmente en la lucha contra los fenómenos delictivos de carácter terrorista y político, desde 1991 se han utilizado circunstancias atenuantes especiales, inspiradas en una perspectiva gratificante también para combatir el crimen organizado.

De hecho, la reducción de las penas, más o menos extensa, y beneficios adicionales se proporcionan a los que admiten su responsabilidad, a través de una confesión de desprendimiento de asociación criminal y proporcionar información más útil para una mayor investigación.

A pesar de los esfuerzos realizados en la lucha contra la mafia en Italia, el fenómeno también se ha expandido en el extranjero, se transfiere a través de la frontera "método de la mafia" concepto bien conocido, sin duda, como se ha mencionado, en Italia, pero desconocido, bajo el perfil jurídico , en muchas realidades europeas.

Es, de hecho, cada vez más presente en el frente internacional, la expansión del llamado método de la mafia, tanto en Europa como en terceros países (la denominada

Ndrangheta está fuertemente arraigada en Canadá y América del Sur - Venezuela, Argentina, Colombia, Perú, Brasil y también en México), con la consecuente dificultad en la represión del fenómeno debido a la falta de armonía entre las regulaciones nacionales de aplicación de la ley.

En países europeos como España, Francia, Holanda, Alemania, Rumania, las autoridades judiciales y de investigación, aunque es consciente de la presencia de organizaciones criminales, sin embargo, difícil de entender la "mafia" (o, al menos, tienen dificultades para cooperar en ausencia de los casos correspondientes) y es decir, para entender esta subcategoría del crimen organizado que tiene características absolutamente peculiares que la distinguen del crimen organizado en el tribunal.

II. COMPARACIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN ITALIANA Y LA LEGISLACIÓN DE LOS PAÍSES EUROPEOS SOBRE LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

La Unión Europea en 1998 con la adopción de la Acción común 98/733 / JAI del Consejo, en la ofensiva de participar en una organización delictiva en los Estados miembros introducir en la legislación europea una definición del crimen organizado.

Posteriormente se unió a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de la ONU), adoptada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General del 15 de noviembre de 2000 (Convención de Palermo).

Con la Decisión marco 2008/841 / JAI del Consejo Europeo de 24 de octubre de 2008 sobre la lucha contra el crimen organizado, es el objetivo de la empresa para mejorar las capacidades de la Unión y sus Estados miembros para luchar contra la delincuencia organizada transnacional, mediante la aproximación de la legislación, con el objetivo de hacer efectiva la cooperación policial y judicial en materia penal.

Sobre este punto, cabe señalar que la decisión marco en el art. 1 ha proporcionado una definición común a los países miembros de "organización criminal" y "asociación estructurada", mientras que en el art. 2 identifica los elementos mínimos de conducta procesales, a través de la provisión de dos casos distintos de participación en

organización criminal, las remesas para su castigo a la evaluación de cada Estado miembro[1].

El enfoque "minimalista" de la Decisión marco, sin duda movido por la consideración de diferentes tradiciones regulatorias en el campo de la asociación delictiva en los Estados miembros, ha sido objeto de crítica incisiva de la doctrina.

Según se informa, en primer lugar, como la definición anterior contiene una descripción muy limitada de las características típicas del crimen organizado, incluso en el modus operandi del perfil (en ausencia de cualquier referencia a elementos tales como la intimidación y la violencia, y estando indicado en términos de la ambigua requisito de la duración potencial del grupo).

De acuerdo con la definición en cuestión es probable que entren en conflicto con los principios de legalidad y de proporcionalidad, asume una capacidad selectiva reducida con respecto a diferentes conformaciones del crimen organizado, es susceptible para referirse a grupos que no constituyen una amenaza significativa para los bienes jurídicos penalmente protegidos y presenta una conformación muy cercana a la figura del concurso de personas.

Además, es necesario superar la doble incriminación del grupo delictivo a que se refiere el art. 2 de la Decisión marco.

A la luz de la insuficiencia de la Decisión marco de 2008, el Parlamento Europeo sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea ha pedido que se establezca en 2011 el "Comité especial del Parlamento Europeo sobre delincuencia organizada, corrupción y blanqueo de dinero (CRIM)". presentar "una propuesta de directiva que contenga una definición más concreta de la delincuencia organizada y una mejor identificación de las características esenciales del fenómeno, en particular centrándose en la noción clave de organización y también teniendo en cuenta los nuevos tipos de

[1] DECISIÓN MARCO 2008/841/JAI DEL CONSEJO - Art. 2 Delitos relativos a la participación en una organización delictiva

Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito a uno o ambos de los siguientes tipos de conducta relacionados con una organización delictiva: la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización; la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aún cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad.

delincuencia organizada" e identificando una serie de delitos típicos para los cuales, independientemente de la pena máxima prevista en los sistemas legales de los estados miembros, el caso asociativo es configurable.

Sobre este punto, por lo tanto, el Parlamento Europeo parece querer favorecer una solución inspirada en el principio de legalidad y seguridad de los delitos, aprovechando al máximo la contribución ofrecida por la predicción criminal de la asociación delictiva tipo mafia contenida en el art. 416-bis c.p. italiano.

Las características de la "fuerza de intimidación" y la capacidad de la asociación para afectar los servicios económicos, administrativos, electorales y públicos, de hecho, se vuelven a proponer.

III. DISCIPLINA EUROPEA Y DE COORDINAMIENTO COMUNITARIO.

Entre las herramientas europeas para combatir la delincuencia organizada, el papel central asume la institución de la congelación de activos, la confiscación y su reconocimiento mutuo, regida por la Directiva 2014/42 / UE, implementada en Italia por el Decreto Legislativo n. 202/2016.

La necesidad de esta disposición se justifica por la creciente expansión del crimen organizado transfronterizo, cuyo principal motor es el beneficio económico.

El objetivo final de la directiva es, por lo tanto, perseguir "la adopción de normas mínimas" para aproximar "los regímenes de los Estados miembros al congelamiento y confiscación de activos, fomentando así la confianza mutua y la cooperación transfronteriza efectiva".

A través de la armonización, se desea promover el reconocimiento mutuo de las medidas de decomiso pero, a nivel estadístico, se registra que el reconocimiento mutuo es un instrumento que se utiliza de manera absoluta y poco frecuente.

La Directiva establece normas mínimas para lograr la armonización en este ámbito mediante la introducción de herramientas para:

- confiscación directa y valiosa (Artículo 4),
- contra terceros que conocían o deberían haber sabido del origen (ilícito) del bien (artículo 6),
- de confiscación prolongada (Artículo 5) (sobre la base de una norma "civil")

– mientras que establece la confiscación sin condena sólo en caso de escape y enfermedad cuando, sin embargo, se ha iniciado un procedimiento in persona "y el procedimiento podría haber terminado con una condena penal si el sospechoso o el demandado hubieran podido ser juzgados".

La cifra más controvertida parece ser la llamada "confiscación extendida", disponible cuando, "para contrarrestar eficazmente las actividades del crimen organizado, es apropiado que la condena penal vaya seguida de la confiscación no solo de los activos asociados con un crimen determinado, sino también de otros activos que la autoridad judicial decide constituir producto de otros delitos ".

El juez, de hecho, puede proporcionar en este último sentido cuando "está convencido de que los bienes en cuestión se derivan de una conducta delictiva".

Esta creencia, sin embargo, no implica necesariamente una evaluación completa. De hecho, los países miembros también pueden proporcionar que, con este fin, es suficiente una probabilidad razonable de que los activos en cuestión "sean el resultado de una conducta delictiva en lugar de otras actividades"; y esta evaluación, basada en la evidencia disponible, también puede tomar en consideración la desproporción entre los activos del interesado y sus ingresos legítimos.

Por lo tanto, dado que uno de los principales métodos de lucha contra la delincuencia organizada es atacarlo y debilitarlo económicamente, procediendo rápida y eficientemente con la confiscación de activos, la Unión Europea ha adoptado medidas destinadas a facilitar el reconocimiento mutuo de las órdenes de decomiso, escasamente efectivo, debido a la imposibilidad de transponer a Estados individuales.

El 21 de diciembre de 2016 se publicó una Propuesta de Reglamento para el reconocimiento mutuo de todos los tipos de órdenes de incautación y decomiso emitidas en el contexto de un procedimiento "penal", incluidas las disposiciones de confiscación prolongada, confiscación de terceros y , en particular, confiscación sin condena.

El uso de una regulación directamente aplicable en los Estados representa una elección inspirada en los requisitos de eficiencia, que representa el único instrumento que, sustraído del alea de la transposición por parte de los Estados miembros, implica una aplicación inmediata y uniforme.

Se percibe cierta perplejidad por el hecho de que al legislador europeo le otorguemos competencia directa en materia de procedimiento penal, aunque solo sea con fines de cooperación, una elección que obviamente asume un fuerte valor político.

IV. CUERPOS DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN

La prevención y represión de los fenómenos de la delincuencia organizada en el contexto europeo también hace uso de órganos con funciones de coordinación de las actividades policiales de Estados miembros individuales para combatir el fenómeno, así como de organismos con la función de facilitar la cooperación judicial entre administraciones nacional.

1. Europol

La Oficina Europea de Policía (Europol), establecida en La Haya, establecida en 1999, es una agencia de la Unión Europea responsable de la cooperación y asistencia a las autoridades policiales en los Estados miembros individuales, con competencia en materia de delincuencia organizada. terrorismo y otras formas graves de delincuencia, así como por delitos conexos.

Dentro de su actividad, Europol recopila, almacena, procesa, analiza e intercambia información, informando a las autoridades competentes de los Estados miembros de la información que les concierne y de cualquier vínculo entre ellas. También proporciona inteligencia y apoyo analítico a estados individuales en relación con los principales eventos internacionales.

Por lo tanto, no tiene las connotaciones de un organismo de investigación común capaz de desarrollar investigaciones en el campo, sino solo de una agencia que tenga las principales características de análisis e intercambio de información.

Los poderes institucionales de Europol se han revisado recientemente en un sentido más operativo como resultado de la regulación de la UE 2016/794 de 11 de mayo de 2016 (que sustituye la decisión fundacional previa y la legislación relacionada a partir del 1 de mayo de 2017)

Europol ha identificado sus prioridades estratégicas para el período 2018/21 en áreas de interés "funcional" para el crimen organizado: falsificación de documentos y su uso, reciclaje, venta en línea de productos y bienes ilegales, producción, tráfico y

distribución de drogas , el cibercrimen, el tráfico de migrantes, la trata de personas y diversas formas de fraude.

2. Eurojust

Eurojust es una agencia de la Unión Europea creada en 2002 con los siguientes objetivos:

a) "estimular y mejorar" la coordinación de las investigaciones y los procesamientos entre las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros, sobre la base de cualquier solicitud formulada por ellos, o cualquier elemento informativo procedente de un organismo comunitario (por ejemplo, Europol) ;

b) mejorar los diversos aspectos de la cooperación judicial, con particular referencia a la facilitación de solicitudes de asistencia mutua y solicitudes de extradición;

c) presten asistencia de otro modo a las autoridades competentes de los Estados miembros con el fin de "mejorar la eficacia" de sus investigaciones y enjuiciamientos.

Cada uno de los Estados miembros designará a un representante de Eurojust para alcanzar los objetivos de la agencia, es decir, asistirá a las autoridades nacionales en todas las fases de la investigación y el enjuiciamiento, y resolverá cuestiones jurídicas y prácticas que surjan. diferencias entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Los miembros nacionales, fiscales, jueces o policías con iguales prerrogativas son secundados de conformidad con las normas que rigen los sistemas jurídicos relativos, que siguen sujetos tanto a su condición jurídica como a la duración. del mandato y los poderes judiciales ejercitables en su territorio.

A pesar del alcance y el impacto objetivo de estos poderes en la esfera judicial, el Tribunal Constitucional italiano, con la decisión n. 136 de 6 de abril de 2011, denegó el carácter judicial de Eurojust y de la figura de los miembros nacionales, excluyendo la posibilidad de devolver el alcance de los poderes y funciones de este órgano supranacional "a los jueces de los magistrados del fiscal", no reconocer los elementos que, en el orden constitucional italiano, permiten que las funciones ejercidas por el fiscal se clasifiquen como judiciales, y no administrativas, es decir, "el ejercicio del enjuiciamiento penal y las actividades que se le han asignado".

La configuración del miembro nacional como órgano administrativo, sin embargo, condujo inevitablemente a un problema operacional, ya que, al ser nombrado por el Ministerio de Justicia, del que recibe directivas, no puede acceder directamente a información de naturaleza sensujurisdiccional: situación, esto, que disminuye su efectividad operacional, colocándolo como un "interlocutor débil" de la autoridad judicial interna.

3. Orden de investigación criminal europea

Introducido por la Directiva 2014/41, la Orden de Investigación Criminal Europea (EEI) entró en vigor el 22 de mayo de 2017. Decreto Legislativo 21 de junio de 2017, n. 108 lo ha incorporado al sistema italiano, sancionando el funcionamiento completo del nuevo instrumento forjado por la Unión Europea.

La Orden de Investigación Europea ha sustituido, entre los países que se han unido a la Directiva, las cartas rogatorias en la recopilación transnacional de pruebas en el contexto de la Unión.

Sin embargo, con esta directiva no se ha integrado la lógica del reconocimiento mutuo que habría requerido la adopción automática de las medidas por parte de los Estados receptores de la Orden.

De hecho, la autoridad de ejecución no está obligada a aplicar inmediatamente la orden europea de investigación, sino que debe someterla a una serie de controles, lo que puede retrasar o incluso negar su ejecución.

En resumen, no se debe subestimar el riesgo de que se vuelvan a proponer las mismas dinámicas de las comisiones rogatorias, tendencialmente dependientes de la adaptación a los lox loci.

Para evitarlo, es esencial destacar cuál es una de las características más características de la nueva disciplina europea: el principio de proporcionalidad.

El exhorto europeo de investigación ha de considerarse desproporcionada si se deriva de su ejecución un sacrificio a los derechos fundamentales "no justificada por las necesidades de investigación o de prueba del caso en particular, dada la gravedad de los delitos por los que se procede y castigo planeado para ellos" .

Los aspectos críticos de la Orden de Investigación Europea se refieren a la protección de las prerrogativas defensivas.

De hecho, no existe un mecanismo para apelar contra la decisión que rechaza la solicitud de defensa para la emisión del orden europeo, generando una profunda diferencia en el trato entre el abogado defensor y el fiscal.

En segundo lugar, parece adecuada una disciplina expresa sobre la relación entre el orden europeo y las investigaciones defensivas, que prevé mecanismos similares a los regidos por el código de procedimiento penal italiano, en caso de que la persona que reside en el extranjero se niegue a hacer declaraciones o no presente en la entrevista con el defensor. En este caso, podría pensarse en la emisión de una orden de investigación europea a petición del abogado, con la obligación de que el fiscal dicte la orden a fin de prever la audiencia.

4. El fiscal europeo

El Parlamento Europeo, el 5 de octubre de 2017, después de un largo proceso legislativo iniciado con una propuesta de la Comisión Europea de 2013, estableció la Oficina del Fiscal Europeo, con la adhesión de veinte países miembros, incluida Italia, que participarán en el establecimiento del cuerpo, que presumiblemente debería estar operativo entre 2020 y 2021.

El Fiscal Europeo se encargará de investigar, acusar y enviar a juicio, en su caso en colaboración con Europol, los autores de delitos contra los intereses financieros de la Unión y, por lo tanto, también para los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, si la actividad del "grupo" se centra en la comisión de los crímenes atribuidos al Fiscal Europeo.

Sin embargo, en una perspectiva de futuro, una vez comenzado las actividades de la Fiscalía Europea, sería el alcance de su competencia en el campo de la lucha contra el crimen organizado independientemente de daño a los intereses financieros de la Unión Europea.

Es preciso señalar que, hasta la fecha, el estado de las negociaciones para la creación del Fiscal Europeo no ha producido resultados significativos ya que se caracteriza por el esfuerzo para fortalecer el vínculo con los componentes del órgano del estado.

La provisión de una estructura colectiva, en lugar de jerárquica, revela - como parte de los Estados miembros - el deseo de controlar la actividad de represión que es

incompatible con la necesidad de una rápida y operativa la eficiencia que debe caracterizar la funcionalidad de un organismo con la tarea investigaciones directas.

Para hacer efectivo el trabajo del Fiscal Europeo, sería deseable tener prioridad exclusiva, no competitiva y prioritaria sobre la de los Estados miembros.

En particular, el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus competencias, debe impedir que las autoridades de los Estados miembros para proceder o, si es necesario, recurrir a la derecha para volver a llamar en caso de que las autoridades nacionales ya han puesto en marcha una investigación criminal.

* * * * *

Los estados europeos individuales han aparecido, y en algunos aspectos parecen, no preparados para enfrentar las dimensiones y características del crimen organizado a nivel transnacional y esto por dos factores principales.

- Una está representada por las diferencias entre las diferentes legislaciones europeas y por los problemas que surgieron en la fase de su coordinación y, sin embargo, las disciplinas supranacionales que registran, sin embargo, dificultades en la aplicación.
- La otra está constituida por la renuencia y los obstáculos a la formación de una ley penal unitaria verdaderamente efectiva por parte de los Estados europeos, una dificultad que también caracteriza en términos de operaciones a las agencias europeas encargadas de fomentar la cooperación entre los Estados y la lucha contra crimen organizado
- Ciertamente, se debe notar la creciente complejidad para desarrollar una actividad efectiva para combatir el crimen organizado, por los enormes recursos financieros que posee, por los medios tecnológicamente avanzados y por los recursos humanos especializados que utiliza.

El uso generalizado de tecnologías sofisticadas para fines ilícitos y el acceso al mercado global a través de Internet, por ejemplo, con el uso constante de conversaciones VOIP (tecnología que permite conversaciones telefónicas a través de redes de Internet) como alternativa a las comunicaciones telefónicas tradicionales, representan una verdadera revolución en los modelos de comunicación, asegurando la rapidez en el flujo de información mutua.

Frente a un escenario tan complejo, donde las metodologías tradicionales y los enfoques de investigación son insuficientes para identificar las vulnerabilidades de estas organizaciones, parece necesario implementar una estrategia internacional de contraste en la dirección de objetivos compartidos y un aumento paralelo en las habilidades profesionales de los operadores.

Tres son los sectores esenciales en los que enfocarse:

1) El cognitivo: para combatir un fenómeno, uno debe antes que nada conocerlo y estudiarlo. Para ello, el intercambio y el intercambio de información es fundamental, lo que se puede lograr a través de herramientas técnicas y de TI adecuadas.

Actualmente, como base de datos, existe un sistema llamado ECRIS (European Criminal Records information System), que, sin embargo, no es una base de datos centralizada y se desarrolla a través de la conexión con los registros de antecedentes penales nacionales.

Por lo tanto, sería deseable establecer una base de datos central europea, con acceso directo a la información del registro judicial de ciudadanos europeos.

Además, se debate la posibilidad de un mayor desarrollo del sistema ECRIS con respecto a las sentencias relativas a nacionales de terceros países que no pertenecen a los Estados miembros.

2) La operacional: se puede lograr a través de una coordinación real de las actividades investigativas y judiciales, a través de la creación de puntos de contacto seguros, protocolos de acción compartidos y centros de toma de decisiones reconocidos.

Este resultado podría venir, no solo, como se dijo al hacer efectiva y ampliar la autonomía y la experiencia del Fiscal Europeo, sino, sobre todo, otorgarle a Eurojust el papel de principal actor judicial en la respuesta europea a los nuevos desafíos del crimen organizado, a través del reconocimiento de prerrogativas vinculantes en relación con su objetivo principal y que es la coordinación en la realización de investigaciones a nivel transnacional.

Por otra parte, el flujo de información entre las autoridades judiciales nacionales a Eurojust sigue siendo esporádica y por lo tanto es deseable para un flujo de información permanente y estructurado y mejoró su base de conocimientos con respecto a todos los procedimientos de socorro transnacionales.

3) Los estrictamente legales: alcanzables a través de mayores reglas de compartición, una reducción del espacio de separación reglamentaria entre países (en una malla a menudo puertas abiertas de acción para el crimen organizado) y, más generalmente, por presunciones superación de integridad e indefectibilidad que cada país reserva a su sistema de justicia penal.

La ocasión podría estar representada por la preparación del Reglamento de creación del Fiscal Europeo que, estableciendo las condiciones de funcionamiento de sus funciones, que podría ir hasta el establecimiento de normas comunes para la formación de los actos de investigación lugares llevada a cabo por un solo cuerpo - para el 'precisamente el EPPO - la intención de proyectar, después de la persecución, en una pluralidad de sistemas judiciales mediante el uso de los formatos de los actos objeto de investigación, sin perjuicio del cumplimiento de las garantías de defensa en la formación de las pruebas.

Fundamentales serán todas aquellas actividades destinadas a hacer que los países de la Unión aparentemente estén menos impregnados por la presencia de grupos delictivos de los cuales descubran la existencia solo en el caso de acciones en huelga, que la amenaza de la acción del crimen organizado sea una amenaza de naturaleza continental (o incluso global) y ciertamente no exclusivamente presente en algunos países si no, incluso, en algunas áreas específicas de su territorio.

* * * * * *

Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza
Prof. de la Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED). Socio de la FICP.

~Secreto militar y responsabilidad por su revelación~

I. SECRETO MILITAR

En los sistemas constitucionales, el control de las materias que se declaran secretas es la pieza fundamental del ordenamiento jurídico, y, sólo las materias que afectan a la defensa y la seguridad del Estado pueden ser sustraídas al principio de publicidad (es admisible el secreto cuando las materias sobre las que se declara son de una importancia vital para el mantenimiento de la seguridad y defensa del Estado).

El secreto es todo aquello que se excluye intencionadamente del conocimiento de los demás, siendo sus notas características la intencionalidad, su sentido excluyente, el carácter selectivo y el hecho de carecer de contenido sustantivo per se. El secreto de Estado viene delimitado por unas noticias susceptibles de permanecer secretas, es decir, sustraídas del conocimiento por parte de los ciudadanos y, además, el mantenimiento del secreto debe ser necesario para tutelar la seguridad del Estado.

La legislación básica relativa a los secretos oficiales en España comprende la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, modificada por el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan sus disposiciones, además de por la Ley 48/1978, de 4 de octubre. El art. 2 de la Ley de Secretos Oficiales establece que, "las materias clasificadas serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran"; disponiendo en el art. 8 c) de la Ley de Secretos Oficiales que, "las calificaciones de secreto o reservado, hechas con arreglo a los términos de la presente Ley y de las disposiciones que reglamentariamente se dicten para su aplicación, determinarán, entre otros, el efecto de que el personal que sirva en la Administración del Estado y en las Fuerzas Armadas estará obligado a cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger las materias clasificadas"; y a tenor del art. 9.1 de la Ley de Secretos Oficiales, "la persona a cuyo conocimiento o poder llegue cualquier materia clasificada, conforme a esta Ley, siempre que le conste esta condición, está obligada a mantener el secreto y entregarla a la Autoridad civil o militar más cercana y, si ello no fuese posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo. Esta Autoridad lo comunicará sin dilación al Departamento

ministerial que estime interesado o a la Presidencia del Gobierno, adoptando entretanto las medidas de protección que su buen juicio le aconseje".

Por las autoridades competentes se pueden determinar cómo materias clasificadas los asuntos, actos documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad del Estado o comprometa los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional; el secreto oficial es el sometimiento a conocimiento limitado de determinadas materias llamadas clasificadas, por declaración legal o por declaración de los órganos competentes del Estado; y la materia reservada es la limitación de conocimiento de determinadas materias reservadas en que el nivel de protección sea inferior o de menor limitación.

II. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA MILITAR

El concepto de secreto quedaría huérfano de contenido si no fuera acompañado del deber de reserva por quienes están encargados de la custodia de lo que constituye su elemento objetivo, pudiendo quedar sometido el funcionario o personal militar que viola ese deber de reserva a una responsabilidad disciplinaria o a una responsabilidad penal si se entiende que la conducta es constitutiva de una infracción disciplinaria prevista en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, o, en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, o, de un delito de los previstos y penados en el Código Penal o en el Código Penal Militar.

1. Derecho Disciplinario Militar.

Actualmente se han deslindado los actos ilícitos penales que están recogidos en el Código Penal Militar y los actos ilícitos disciplinarios que están recogidos en la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas y en la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil, siendo el fin de la normativa disciplinaria garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, la jerarquía y la unidad, que, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, constituyen el código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas.

El art. 21.1 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, proclama que el objeto del régimen disciplinario es garantizar la observancia

de las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares y del ordenamiento legal de la función militar; ; y de forma más precisa, el art. 1 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas declara que su finalidad es garantizar la observancia de las reglas de comportamiento de los militares, en particular la disciplina, la jerarquía y la unidad, principios estos tres cardinales y característicos de las Fuerzas Armadas e indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción.

En el ámbito jurídico militar, la doble manifestación del ius puniendi del Estado adquiere especiales caracteres, pues aunque la disciplina constituye el principal objeto de protección del Derecho Disciplinario Militar, ni este se limita a ella, ni a él le corresponde en exclusiva la protección de aquélla; la coexistencia de ilícitos penales y administrativos implica la dificultad de determinar la trascendencia penal o administrativa de ciertas conductas que atentan contra un determinado bien jurídico, especialmente en el Derecho Disciplinario Militar por la naturaleza especial de este procedente del ejercicio de la potestad jerárquica estrictamente distribuida en las Fuerzas Armadas para el resguardo de los valores fundamentales de obediencia, subordinación y disciplina, pues la Ley no hace sino expresar la opción de política legislativa consistente en la expresión formal de los ámbitos sancionadores disciplinario y penal, opción que no prejuzga la cuestión sustantiva que subyace sobre los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, siendo el Derecho Disciplinario Militar parte integrante del Derecho Administrativo Sancionador.

Se regula el recurso de alzada contra las resoluciones disciplinarias, necesario para agotar la vía administrativa y dejar expedita la judicial, determinándose la autoridad o mando que debe resolverlo; y el recurso de reposición sólo procede en el caso de resoluciones dictadas por el Ministro de Defensa o la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central. Las resoluciones adoptadas en los recursos de alzada y de reposición pondrán fin a la vía disciplinaria y contra ellas podrá interponerse recurso contencioso-disciplinario militar en los términos previstos en las normas procesales militares.

2. Régimen jurídico-disciplinario militar.

La disciplina militar está protegida penalmente en los arts. 38 a 48 del Código Penal Militar, que tipifican los delitos de sedición militar, insubordinación y abuso de autoridad, respectivamente. En el ámbito militar la necesidad del inmediato restablecimiento de la disciplina exige la preventiva acción del Mando en la vía que le

es propia, mediante la inmediata corrección que impone a todo militar la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas en relación con las infracciones que observe, sin perjuicio, en su caso, de la posterior iniciación del procedimiento penal, si los hechos revistieron caracteres de delito, porque no es admisible en este ámbito pretender que esa acción correctora impida la posterior acusación jurisdiccional.

3. Faltas muy graves y sus sanciones.

La Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas distingue entre las infracciones leves, graves y muy graves, comprendiéndose en las infracciones muy graves las conductas que vulneran el deber de reserva sobre secretos oficiales y materias clasificadas. A los efectos que nos interesan, el art. 8.4 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas tipifica como falta muy grave ``el incumplimiento del deber de reserva sobre secretos oficiales y materias clasificadas´´ (el deber de reserva viene impuesto al militar en el art. 21 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y en el art. 33 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. El deber de reserva que cobija este tipo disciplinario debe versar sobre los secretos oficiales y las materias clasificadas. El deslinde con la falta leve del art. 6.12 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas lo es por referirse en su tipo a la inexactitud (en el cumplimiento de las normas en materia de obligada reserva), es decir, al cumplimiento defectuoso, por razón de la falta de intencionalidad de la misma, al tratarse de una conducta culposa, una mera indiscreción en cualquier asunto del servicio, según la STS, Sala 5ª, de 26 de enero de 2015; y con la falta grave contemplada en el art. 7.18 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas lo será por la acción que describe el tipo y por razón de la materia que se divulgue (reserva interna y asuntos relacionados con la seguridad y defensa nacional). El deslinde con los delitos contenidos en el art. 25 del Código Penal Militar, de espionaje militar, es que en este caso se realiza con el propósito de favorecer a una potencia extranjera; con el art. 26 del Código Penal Militar, de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional, es que en estos supuestos, no vienen delimitados por el elemento intencional, de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, y porque el tipo disciplinario se colma con el incumplimiento de la norma, sin necesidad de difusión, ni del carácter del material que se difunda, que no deberá de ser clasificado; y con el delito de deslealtad del art. 55 del Código Penal

Militar, de no guardar la discreción y reserva debidos sobre asuntos del servicio de trascendencia grave, la encontramos, con dificultades interpretativas, y en un sentido ciertamente ambiguo, en la gravedad de la trascendencia".

Esta obligación de reserva sobre secretos oficiales y materias clasificadas, es vulnerada por una autoridad o funcionario del Ministerio de Defensa con la comisión del delito de divulgación intencionada de invención objeto de patente de interés para la defensa nacional, tipificado en el art. 277 del Código Penal (entendemos que solo es posible la realización de esta infracción penal con dolo directo), concurriendo en este caso responsabilidad disciplinaria y responsabilidad penal (en el ámbito castrense es posible la doble sanción penal y disciplinaria); y cuando la divulgación de la invención objeto de una patente secreta en perjuicio de la seguridad y defensa nacionales se realiza de forma imprudente (o con dolo eventual), la autoridad o funcionario del Ministerio de Defensa solamente serán responsables disciplinariamente de la referida falta muy grave, no concurriendo en este caso responsabilidad penal. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera derivar de las referidas responsabilidades penal y disciplinaria (compatibilidad de las responsabilidades civil, penal y disciplinaria, que no supone la vulneración del principio «ne bis in idem», puesto que solo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad del bien jurídico protegido; y se reconoce que la declaración de hechos probados contenida en una resolución judicial vinculará a la Administración), con base en el art. 3 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas.

Las sanciones que pueden imponerse por faltas muy graves son: Arresto de treinta y uno a sesenta días (en el arresto por falta grave o muy grave el militar sancionado permanecerá internado en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se le imponga la sanción), suspensión de empleo (es aplicable únicamente a los militares profesionales e implica la privación de todas las funciones propias del empleo que se ostenta), separación del servicio (supone para el sancionado la pérdida de la condición militar y la baja en las Fuerzas Armadas) y resolución de compromiso (es aplicable a militares que mantienen una relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas de carácter temporal e implica el cese de dicha relación).

Entre las potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico a la Administración se encuentra la sancionadora, de la que la disciplinaria constituye una especie o modalidad. Con base en el art. 23 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas la responsabilidad

disciplinaria se extingue por el cumplimiento de la sanción, la prescripción de la falta o de la sanción, la pérdida de la condición militar, el pase a retiro y el fallecimiento (son cancelables de oficio las anotaciones por faltas disciplinarias, a excepción de las de separación del servicio y resolución de compromiso, sin perjuicio de que, a instancia de parte, se pueda también instar la referida cancelación).

4. Procedimiento sancionador.

***a) Principios informadores*:** En relación con los principios y garantías del procedimiento disciplinario, el primero de ellos es la existencia del propio procedimiento (deber de denunciar y ``parte disciplinario´´ que persigue poner en conocimiento del superior la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de infracción disciplinaria).

En el procedimiento sancionador, presidido por los principios de legalidad (predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, y, reserva de ley en materia sancionadora), imparcialidad (separación entre la fase instructora y la sancionadora, y, aplicación al instructor y al secretario de las causas de abstención y recusación de los arts. 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), publicidad (prohibición de actuaciones secretas), impulso de oficio (dirección de la tramitación por las autoridades administrativas), celeridad (medios electrónicos), eficacia (posibilidad de las comunicaciones electrónicas) y contradicción (posibilidad de defensa de los derechos e intereses de los sometidos a una acción disciplinaria), se reconocen los derechos del presunto infractor a la presunción de inocencia, a la información de la acusación disciplinaria, a la defensa, a la audiencia previa, a la utilización de los medios de prueba adecuados y a interponer los recursos correspondientes. Entre los derechos del presunto responsable que recoge la de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas es elemento esencial de los mismos la presunción de inocencia que proclama el art. 24.2 de la Constitución que se extiende a la totalidad de los procedimientos administrativos sancionadores tanto civiles como militares.

Rigen en el procedimiento disciplinario los principios de legalidad (reserva de Ley Orgánica), imparcialidad (la Administración militar tiene la doble condición de juez y parte, por lo que en aplicación de este principio, se deberán adoptar todas las medidas a disposición de los mandos para que la tramitación del expediente disciplinario sea imparcial; este principio hace necesaria la separación entre el órgano instructor y el

órgano sancionador), publicidad (este principio que deriva del principio de transparencia del procedimiento, recoge el derecho del inculpado a conocer en todo momento el estado de la tramitación del expediente disciplinario y tener comunicación con el órgano instructor), impulso de oficio y celeridad (estos principios se derivan de la normativa administrativa común y se destinan a evitar demoras injustificadas en la tramitación del expediente), y contradicción (constituye una de las garantías del procedimiento disciplinario y obliga al Instructor a realizar una actividad probatoria e informativa suficiente para sostener los hechos que se imputan al inculpado).

Se unifica en un solo procedimiento el expediente por faltas graves y muy graves y se establece un procedimiento para las faltas leves, estableciéndose la posibilidad de la incoación del procedimiento por denuncia presentada por quien no tenga condición militar, por orden superior, por parte disciplinario y por testimonio de particulares conforme a la LPM y por petición razonada de otros órganos; quedando sometido al criterio de celeridad, al seguimiento por escrito y al impulso de oficio en todos sus trámites. Se determina el plazo máximo en que debe terminarse el expediente y los supuestos de suspensión de dicho cómputo. Innovación relevante es la incorporación de la declaración de caducidad por vencimiento del plazo, instituto excluido antes del procedimiento disciplinario de las Fuerzas Armadas e incluido en el régimen disciplinario de la Guardia Civil.

Al exigirse en la resolución que ponga fin al procedimiento la motivación, en su caso, de la individualización sancionadora, se incorpora al ámbito disciplinario militar para no producir indefensión la exigencia del correlato entre la acusación y defensa, de forma que el acuerdo sancionador deberá fundarse únicamente en los hechos que fueron notificados por el instructor al expedientado, sin perjuicio de su distinta calificación jurídica siempre que exista homogeneidad y no concurra mayor gravedad en la sanción.

Se mantiene el principio, tradicional en el régimen disciplinario militar, de la inmediata ejecutividad de las sanciones, indisociable con la preservación de valores castrenses tan esenciales como el mantenimiento de la disciplina o la evitación de perjuicios irreparables al servicio, al tiempo que se establecen las causas que justifican la suspensión o inejecución de las sanciones. El sancionado puede solicitar la suspensión de la sanción, con fundamento en las normas reguladoras del procedimiento administrativo común, debiendo denegarse si se causa perjuicio a la disciplina.

***b) Procedimiento penal y expedientes disciplinarios*:** La iniciación de un procedimiento penal no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos, pero la resolución definitiva del expediente sólo se podrá producir cuando fuese firme la dictada en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración (sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido). Es posible la doble sanción penal y disciplinaria, al admitirse por la necesidad de reacción inmediata en el ámbito castrense; constituyendo una excepción en la jurisdicción militar la aplicación del principio ``non bis in idem´´, que trata de evitar el exceso o reiteración punitiva constitucionalmente inadmisible.

5. Recurso contencioso-disciplinario militar.

Se concede la tutela judicial a todos los sancionados en la vía disciplinaria militar, por la posibilidad de interposición del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra las resoluciones adoptadas en los recursos de alzada y reposición, en su caso. La actividad de los miembros de las FFAA es netamente actividad administrativa sometida al principio de legalidad y fiscalizable, por ello, en sede jurisdiccional (arts. 103 y 106 de la Constitución), sin ningún tipo de cautelas, salvaguardas o inmunidades impropias de un Estado cuya Constitución proclama en el preámbulo su voluntad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley; y el status de los militares conlleva un régimen particular de derechos y deberes así como la aplicación de un régimen punitivo y disciplinario concreto (el ámbito de aplicación del estatuto militar se establece en el art. 2 de la Ley de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas).

El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario se constituye como el cauce a través del cual se somete a control jurisdiccional el ejercicio de la potestad sancionadora castrense, y, tiene un carácter revisor en cuanto que requiere la existencia previa de un acto de la Administración Sancionadora que debe estar sometido al Régimen Disciplinario Militar, dictado por Autoridades y Mandos Militares Sancionadores, definitivo que cause estado en vía administrativa y que no esté excluido de recurso contencioso-disciplinario militar.

III. RESPONSABILIDAD PENAL MILITAR

1. Revelación de secretos y defensa nacional.

Entendemos que la defensa nacional (parte de las acciones que tienen por objeto preservar la seguridad nacional de riesgos y amenazas, apareciendo en el ámbito internacional nuevos y complejos escenarios y desafíos de seguridad) tiene como finalidad garantizar la seguridad nacional (conjunto de acciones, estrategias y políticas destinadas a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado); y entre uno de los objetivos y líneas de acción estratégicas de la seguridad nacional se encuentra la ciberseguridad (los avances tecnológicos en la información y la comunicación han supuesto la entrada de nuevos valores y bienes susceptibles de protección jurídica, que determinan la necesidad de una mayor cooperación internacional, así como de una regulación normativa específica nacional, comunitaria e internacional, y ello fundamentalmente porque las nuevas amenazas son de naturaleza transnacional -ciberamenazas o ciberataques-).

a) Código Penal Militar.

La revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional, es un delito que se tipifica en el art. 26 del Código Penal Militar, cuyo tenor literal es el siguiente: "El militar que cometiere cualquiera de los delitos previstos en los arts. 277 ó 598 a 603 del Código Penal, será castigado con la pena establecida en el mismo incrementada en un quinto de su límite máximo. En situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena superior en uno o dos grados" (la comisión del delito de divulgación intencionada de la invención objeto de patente de interés para la defensa nacional es considerado como un delito de revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales). Este precepto hace una remisión al Código Penal, agravándose la pena cuando el sujeto activo tenga la condición militar o en situación de conflicto armado.

El espionaje pertenece al gran círculo de los delitos que consisten en el descubrimiento o revelación de un secreto, y, está integrado por conductas tendentes a la comunicación a una potencia extranjera de un secreto de Estado que afecte a la seguridad o a la defensa nacional en un sentido lato, es decir, secretos políticos, económicos o militares. El espionaje en Derecho Internacional está sometido a una cuádruple limitación: Se ha de realizar en la zona de operaciones, se ha de ejecutar

clandestinamente, es imprescindible la intención concreta de comunicar la información recogida al enemigo y el espía debe pertenecer a un Estado distinto de aquél en perjuicio del cual actúa. En nuestro Derecho Interno, el espionaje hunde sus raíces en la más remota historia, como modelo del delito de traición. Con base en el art. 24.3º del Código Penal Militar, el delito de traición militar mediante espionaje es cometido por el militar que, con el propósito de favorecer al enemigo, propagare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas; y también es cometido por el militar español que cometiere el delito de espionaje militar. Se castiga el derrotismo en tiempo de conflicto armado y con la finalidad de favorecer al enemigo; y por derrotismo en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua se entiende el propagar el desaliento en el propio país con noticias o ideas pesimistas acerca del resultado de una guerra (hoy de un conflicto armado). El delito de traición común mediante espionaje está tipificado en el art. 584 del Código Penal, concretándose los verbos nucleares de la conducta típica a procurar, falsear, inutilizar o revelar; su objeto material es la información clasificada como reservada o secreta, siendo necesario para su tipicidad que sea susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional. Apunta Fernández Rodera, J. A., que la conducta de espionaje exige dolo, con el elemento subjetivo del injusto ``propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional´´, lo que entraña la diferencia básica con el delito del art. 598 del Código Penal.

En el espionaje, el objeto de la acción son sólo los documentos e informaciones de tipo militar que, además, han de ser reservados, secretos. El elemento subjetivo está integrado por el conocimiento de que los informes son reservados y relativos a la defensa nacional, y por el propósito de comunicarlos a una potencia extranjera. Con base en el art. 25 del Código Penal Militar, el delito de espionaje militar es cometido por el extranjero que, en situación de conflicto armado, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada como reservada o secreta o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad o a la defensa nacionales, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional. El militar español que cometiere este delito será considerado autor de un delito de traición militar. El espionaje militar requiere la condición de extranjero del sujeto activo y, además, ha de tener lugar en situación de conflicto armado; y el

espionaje común, puede ser cometido por español no militar y extranjero en tiempo de paz. La distinción entre espionaje militar y el espionaje común viene determinada no por la conducta, sino por el tiempo en que se produce, y por la condición del sujeto activo. Señala Fernández Rodera, A. que en el espionaje común tipificado en el art. 589 del Código Penal (deroga el art. 126) el tipo objetivo incluye dos formas de acción: Publicar (imprimir, asimismo divulgar a través de cualquier medio escrito, radioeléctrico, visual o electrónico) y ejecutar (dar cumplimiento a orden disposición o documento); y en cuanto al tipo subjetivo es suficiente un dolo genérico.

b) Código Penal Común.

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional tipificados en los arts. 598 a 603 del Código Penal, tipifican una serie de conductas cuya realización puede afectar a la seguridad y defensa nacional al implicar la utilización de información legalmente calificada como reservada o secreta. En el art. 105 b) de la Constitución se limita el acceso de los ciudadanos a documentos que afectan a la seguridad y defensa del Estado, de forma excepcional en relación con el art. 103 de la Constitución que establece como regla general el principio de publicidad. Para la determinación de los documentos objeto de protección hay que remitirse a la Ley de Secretos Oficiales y demás normativa que expresamente prevea la calificación de secreto (la seguridad nacional y la defensa nacional son conceptos distintos, encontrando la seguridad nacional su protección penal por constituir la finalidad de la defensa nacional; y cuando el tipo penal protege indistintamente la defensa nacional o la seguridad nacional, ambas constituyen bienes jurídicos protegidos independientes).

Los delitos recogidos en los arts. 598 a 603 del Código Penal comprenden distintas conductas de revelación, falseamiento e inutilización de información clasificada, siendo el objeto de la acción la materia clasificada, definida por el art. 598 del Código Penal como "la información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar".

El delito básico de procurar, revelar, falsear o inutilizar información militar reservada o secreta tipificado en el art. 598 del Código Penal, tiene por objeto material ``información legalmente calificada como reservada o secreta´´, expresión que debe entenderse en un sentido amplio, como toda aquella cuyo conocimiento por persona no

autorizada puede dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado, conforme a la Ley de Secretos Oficiales.

El delito cualificado agravado de procurar, revelar, falsear o inutilizar información militar reservada o secreta por quien la conoce por su cargo o para darla publicidad tipificado en el art. 599 del Código Penal, requiere que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información en razón de su cargo o destino, previsión que normalmente se verificará cuando se trate de funcionarios públicos, aunque el precepto no lo establezca expresamente, y, mediante publicidad en algún medio de comunicación social o de alguna forma que asegure su difusión. Con base en el art. 599.1º del Código Penal, pueden ser sujetos activos del delito de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional del art. 598 del Código Penal las autoridades y funcionarios públicos (toda revelación de información legalmente calificada constituiría revelación de secretos, pero no toda revelación de secretos lo es de información legalmente calificada).

El delito de reproducción sin autorización de documentos o tenencia ilegal de objetos o información militar tipificado en el art. 600 del Código Penal, sanciona la reproducción no autorizada de planos o documentos referentes a zonas, instalaciones o materiales militares de acceso restringido, y, la posesión ilegal de información legalmente calificada como reservada o secreta y relacionada con la seguridad o defensa nacional.

El delito de conocimiento de información reservada o secreta o de interés militar por imprudencia grave tipificado en el art. 601 del Código Penal, tiene como sujeto activo a quien tiene conocimiento de la información legalmente calificada como reservada o secreta o de interés militar en razón de su cargo, comisión o servicio (no está prevista penalmente la comisión imprudente del delito de divulgación intencionada de la invención objeto de patente secreta en perjuicio de la defensa nacional del art. 277 del Código Penal).

El delito de descubrimiento, violación, revelación, sustracción o utilización de información reservada o secreta relacionada con la energía nuclear tipificado en el art. 602 del Código Penal, tiene como objeto material información legalmente calificada como reservada o secreta referida a la energía nuclear que se regula por la Ley 25/1964, de 29 de abril.

El delito de violación de la correspondencia o documentación reservada o secreta relacionada con la defensa nacional, tipificado en el art. 603 del Código Penal, tiene como sujeto activo a quien tenga en su poder correspondencia o documentación reservada o secreta por razón de su cargo o destino. Entendemos que la ubicación de este precepto entre los delitos relativos a la defensa nacional, constituye la respuesta positiva del legislador a una constante reivindicación doctrinal, que solicitaba su exclusión del ámbito de los atentados contra la defensa nacional (el objeto material abandona la tónica existente a lo largo del Capítulo, presentando esta infracción penal un cierto paralelismo con el delito del art. 601 del Código Penal).

2. Revisión judicial.

La ley penal exige la revisión por el juez de la clasificación realizada a fin de comprobar la concurrencia de este elemento del tipo, y, vedar el acceso del Juez a los documentos secretos para revisar su clasificación, imponiendo una presunción ``ìuris et de iure´´ de que lo clasificado está siempre bien clasificado, supondría como dice Segrelles de Arenaza, I. permitir al Poder Ejecutivo realizar las funciones del Poder Judicial, es decir, interpretar la Ley Penal en el momento de su aplicación.

Son Acuerdos a considerar en relación con este aspecto: El Acuerdo de 21 de septiembre de 1960 de la OTAN para la salvaguarda mutua del secreto de invenciones relativas a la defensa respecto de las cuales se hayan presentado solicitudes de patentes, al que España se adhirió por Instrumento de 17 de julio de 1987; el Acuerdo de 19 de octubre de 1970 de la OTAN sobre la comunicación de información técnica con fines de defensa, al que España se adhirió por Instrumento de 17 de julio de 1987; y el Acuerdo de Seguridad de la Unión Europea Occidental, hecho en Bruselas el 28 de marzo de 1995 y ratificado por España por Instrumento de 2 de febrero de 1996.

En relación con la imposibilidad de revisión judicial de las materias clasificadas, declaran las SSTC 11/1989, de 24 de enero; 145/1998, de 22 de julio; y 164/1998, de 26 de septiembre: "Que la imposibilidad de revisión judicial de las materias clasificadas conduce aquí, de nuevo, a un desapoderamiento del Juez Penal, más grave aún si cabe que la sustracción al proceso de un elemento probatorio, en cuanto la interpretación de uno de los requisitos del tipo queda en manos del Poder Ejecutivo y sustraído del conocimiento jurisdiccional, lo que constituye una vulneración frontal de las garantías del art. 24.2 de la Constitución, que comprende el derecho a juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías y, entre ellas, como

garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, la independencia e imparcialidad del juzgador".

Entendemos que la discrecionalidad del Gobierno para clasificar y desclasificar documentos encuentra su límite, como toda potestad discrecional, en la interdicción de la arbitrariedad que proclama el art. 9.3 de la Constitución y que a los Jueces corresponde en última instancia, a través de la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos que a todos reconoce sin excepción el art. 24 de la Constitución, verificar y, en su caso, controlar. Cuando se trata de acceder a la jurisdicción, funciona con toda su intensidad el principio ``pro actione´´, de suerte que el Tribunal puede y debe comprobar si la causa obstativa de la resolución del asunto sometido a la jurisdicción ordinaria efectivamente existe, en primer lugar, y si la interpretación dada a dicha causa en el caso concreto conculca el derecho fundamental, en segundo y último, pues el rechazo de la acción basado en una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio comporta la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución.

En relación con el ``derecho a la información y los secretos oficiales´´, declara la STC 104/1986, de 17 de julio, el derecho preferente de información, por tener una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales; concepción que también fue puesta de relieve en la STEDH de 23 de abril (caso Castell), al declarar que el derecho a la información es uno de los derechos fundamentales esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su evolución.

El ejercicio del derecho a la información está limitado en el art. 105 b) de la Constitución respecto de la seguridad y defensa del Estado, pudiendo negarse el Estado a suministrar información tanto al ciudadano como a los poderes públicos si ello repercute negativamente en la seguridad y defensa del país. Entendemos que las propias exigencias de eficiencia de la acción administrativa -art. 103.1 de la Constitución- o la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, puede justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal, y que ello se encomiende al Gobierno, a quien compete la dirección de la defensa del Estado -art- 97 de la Constitución- en los términos que fije el legislador. Y en la Exposición de Motivos de la Ley de Secretos Oficiales se proclama la publicidad de la actividad de los órganos del Estado como

principio general, así como en el art. 63 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 y en el art. 72 del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994.

* * * * * *

Alfonso Allué Fuentes

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

~Dimensiones jurisprudenciales del delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal~

I. INTRODUCCIÓN

La redacción del delito de enaltecimiento del terrorismo – art. 578 del Código Penal- en su versión procedente de la LO 7/2000, de 22 diciembre, demostró su insuficiencia para regular unas conductas de indudable complejidad tanto en su aspecto puramente típico como en su inevitable relación con el derecho constitucional a la libertad de expresión. A rellenar esta carencia vino la reforma operada sobre el precepto por la LO 2/2015, de 30 de marzo, mucho más exhaustiva y que ha originado tres sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que alcanzan diferentes pronunciamientos acerca de hechos relacionados con la conducta de enaltecimiento, incluso con la de humillación de las víctimas, fundamentándose dichas resoluciones en argumentos jurídicos análogos para llegar a conclusiones dispares entre sí, como puede observarse en las SSTS 52/2018, absolutoria, 79/2018, condenatoria, y 72/2018, que absuelve por este delito pero condena por el de incitación al odio.

II. ABSOLUCIÓN DEL DELITO DE ENALTECIMIENTO *EX* STS 52/2018, DE 31 DE ENERO (CASO TWITTERO ARKAITZ)

1. En esta sentencia el Tribunal Supremo conoce en casación de un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia absolutoria dictada en la instancia por la Audiencia Nacional. De la relación de hechos probados podemos destacar las siguientes expresiones manifestadas a través de la red social Twitter por el acusado Arkaitz:

– "Siempre os recordaremos con orgullo" (27 de septiembre de 2015), en referencia al aniversario de la ejecución el 27 de septiembre de 1975 de Juan Paredes y de Ángel Otaegui, que fueron condenados a muerte por tribunales militares vía Consejo de Guerra debido a su pertenencia a la banda terrorista ETA.

- "El día que ETA lo hizo volar se descorcharon muchas botellas" (7 de noviembre de 2014), a propósito del atentado en el que murió Luis Carrero Blanco el 20 de diciembre de 1973, siendo presidente del Gobierno.
- "Roma acoge este sábado una cumbre de la extrema derecha europea (…). Un `Carrero´ no estaría mal" (27 de febrero de 2014).
- "Juan Carlos Primero, más alto que Carrero!!" (24 de diciembre de 2011).
- "Entonces, ¿mañana hace el saque de honor Irene Villa?" (20 de abril de 2011), quien el 17 de octubre de 1991, con doce años de edad, perdió las piernas y tres dedos de una mano en atentado terrorista perpetrado por ETA.

2. El Ministerio Fiscal recurrió en casación la sentencia absolutoria por indebida inaplicación del art. 578 CP, construyendo su recurso sobre los siguientes argumentos:

- La sentencia de instancia convierte el delito del art. 578, que es de mera actividad, en un delito de resultado cuando refiere que las conductas son atípicas porque no suponen un riesgo para el bien jurídico protegido al no incitar ni alentar a la violencia terrorista ni generar un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni siquiera indirectamente, señalando el recurso que la producción de un resultado no pertenece al tipo penal, en el que no se prevé la puesta en concreto peligro del bien jurídico protegido.
- Con cita de diversas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo defiende el Fiscal que, en relación con el tipo objetivo del art. 578, el enaltecimiento/justificación es una forma autónoma y genérica de apología que no integra una provocación, directa ni indirecta, a la comisión de un delito, por cuanto la barrera de protección penal se adelanta y basta para los efectos del art. 578 una alabanza o una justificación genéricas incompatibles con el derecho fundamental a la libertad de de expresión.
- Los tuits mencionados en la declaración de hechos probados constituyen enaltecimiento del terrorismo y también humillación a las víctimas (en relación con el último).

3. Comienza la sentencia de casación invocando la STC 112/2016, de 29 de junio, que supuso un punto de inflexión en el entendimiento del delito del art. 578 y de la jurisprudencia que hasta el momento lo vino desarrollando, por cuanto a partir de

aquella resolución el Tribunal Constitucional consideró que el recto contenido del precepto penal exige algún tipo de incitación, siquiera indirecta, para tener por constitucionalmente legítima una injerencia legislativa en la libertad de expresión. Esta sentencia conecta la conducta típica de enaltecimiento con la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, que requiere la publicación de mensajes que induzcan a la comisión de delitos de terrorismo cuando dicha conducta implique el riesgo de su perpetración[1].

4. Para la delimitación del delito de enaltecimiento/justificación del terrorismo la Sala Segunda se reconduce a su STS 354/2017, de 17 de mayo, donde recoge la jurisprudencia pacíficamente aceptada al respecto, señalando los siguientes elementos esenciales:

- La existencia de acciones o de palabras mediante las cuales se enaltece o justifica, entendiendo por "enaltecer" el ensalzamiento, el elogio o la alabanza de cualidades o méritos de alguien o de algo, y por "justificar" el dar apariencia legítima y de licitud a acciones que sólo son comportamientos criminales.
- El objeto del ensalzamiento o justificación pueden ser tanto conductas constitutivas de delitos de terrorismo (arts. 572 a 577 CP) como personas, individuales o como colectivo, que hayan participado en su ejecución.
- El medio comisivo puede ser cualquiera relacionado con la expresión pública o la difusión (un periódico, un acto público muy concurrido, o a través de Internet).

A continuación destaca la Sala que esta STS 354/2017 también hace referencia a la STC 112/2016, destacando de la misma que el tipo penal del art. 578 puede entrar legítimamente en juego en colisión con la libertad de expresión cuando las expresiones de los autores constituyan una manifestación del discurso del odio al propiciar o alentar, aunque sea indirectamente, un riesgo para personas o derechos o para el sistema de libertades, exigiéndose que la incitación, cuando sea indirecta, se lleve a cabo ilegal e intencionadamente y con riesgo de comisión de la infracción terrorista.

[1] Concretamente, el art. 3.1.a de la Decisión Marco define la provocación para la comisión de un delito de terrorismo como "la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o alguno de dichos delitos".

En línea con ello menciona igualmente la STS 354/2011 la Directiva (UE) 2017/541, aún en plazo de trasposición, en la cual persiste la exigencia de que las conductas relacionadas con la apología o la justificación del terrorismo, o la difusión de mensajes o de imágenes al respecto, conlleven un riesgo no tanto concreto, sino de aptitud para la comisión de actos terroristas[2].

En este ámbito normativo europeo, y teniendo en cuenta la autonomía que asiste al legislador español para tipificar las conductas penales, entiende *contrario sensu* la STS 52/2018 que la calificación de unos hechos conforme al delito del art. 578 supone una injerencia ilegítima en el derecho a la libertad de expresión cuando la condena por los mismos carezca de potencialidad, siquiera indirecta, para generar una situación de riesgo como la mencionada en la STC 112/2016, en la cual se insiste en el dato de que debe darse una manifestación del discurso del odio que incite a la violencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad de la injerencia vía art. 578.

5. En apoyo de su fundamentación jurídica también acude la Sala Segunda a su STS 378/2017, de 25 de mayo, en la que, tras describir que el tipo del art. 578 exige la justificación de actos de terrorismo o el enaltecimiento de sus partícipes – es decir, la proclamación de aquéllos como admisibles y no censurables -, observa que la antijuridicidad de la conducta puede resultar excluida, sin necesidad de acudir a la concurrencia de causas de justificación, cuando los verbos típicos constitutivos del delito no van acompañados expresamente de algún otro elemento que haga tolerable la sanción penal desde la perspectiva constitucional, lo que exigirá una comprobación *ex ante* que ha de yuxtaponerse al comportamiento que en su aspecto meramente externo o formal se ajusta a la descripción típica. A este respecto vuelve a entrar en juego la STC 112/2016 en lo que se refiere al conflicto que puede delinearse entre el enaltecimiento del terrorismo y el derecho a la libertad de expresión, estableciendo el Tribunal Constitucional como pautas generales en abstracto que este derecho fundamental es limitable, especialmente cuando se trata de manifestaciones que alienten la violencia, lo que supone efectuar un llamamiento al legislador para que atienda a un criterio de proporcionalidad en el momento de establecer limitaciones penales al ejercicio de ese

[2] El art. 10 de la Directiva especifica lo siguiente: "Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional".

derecho, esto es, que determine la exigencia de un "elemento tendencial" – aunque el mismo no venga expresado en el precepto penal – que articule la intención del sujeto activo del delito con la creación objetiva de una situación de riesgo que también sea abarcada por el dolo del autor, lo que implica, ya en el nivel de la legalidad ordinaria, la acreditación de la finalidad y de la motivación con que se ejecutan los actos de enaltecimiento o de humillación, elementos aquéllos – finalidad y motivación - que se revelan como determinantes de la aptitud inherente a la actuación imputada.

6. En el caso concreto objeto del recurso de casación la STS 52/2018 no advierte que de los hechos declarados probados en la resolución de instancia se pueda desprender ni la aptitud de riesgo de la conducta enjuiciada ni incitación a la violencia. Contrariamente, la Sala Segunda tan sólo aprecia una manera de proclamar, "incluso vociferar", lo que el acusado sentía, esto es, una exteriorización desinhibida de sus deseos o emociones, sin constatar en el contenido de las especies vertidas una racional finalidad de procurar el aliento a terceros para cometer delitos de terrorismo[3]. Concretamente se pronuncia la sentencia, interpretando el relato fáctico, en el sentido de que los tuits elaborados por el autor no han generado actos terroristas ni han sido potencialmente aptos para incrementar el riesgo de su comisión, concluyendo en su atipicidad por ser constitutivos de meras expresiones de opiniones o deseos no seguidas de alguna incitación a la acción, tomando además en cuenta que aquellos tuits únicamente fueron detectados en el ámbito de prospecciones policiales en la red social y no llegaron a causar impacto en la opinión pública. Igual consideración absolutoria merece en la sentencia la frase en la que se alude a Irene Villa, excluyendo una calificación como humillación a las víctimas por cuanto su autor se refiere a ella en tanto persona con una discapacidad física al margen de la causa que la ocasionó[4].

III. CONDENA POR EL DELITO DE ENALTECIMIENTO *EX* STS 79/2018, DE 15 DE FEBRERO (CASO RAPERO "VALTONIC")

1. En esta sentencia el Tribunal Supremo conoce en casación de un recurso

[3] "Objetivamente – dice la sentencia – esos micromensajes no enaltecen ni justifican porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir".

[4] Los términos de la sentencia al respecto son los siguientes: "Tampoco cabe predicar delito de humillación de la víctima de terrorismo, dado que además, con abstracción hecha del calificativo o juicio ético que tal humor negro merezca, desde la consideración típica que nos corresponde analizar, siendo la acusación estrictamente por un delito incluido en la sección dedicada al terrorismo, resulta obvio que se alude a Irene Villa exclusivamente como persona con determinada incapacidad, al margen de la causa concreta que la generó".

interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria dictada en la instancia por la Audiencia Nacional[5]. De la relación de hechos probados podemos destacar las siguientes expresiones manifestadas por el acusado "Valtonic" a través de las letras y de las canciones compuestas por él mismo, fácilmente disponibles en Internet, durante los años 2012 y 2013:

- "O que explote un autobús del PP con nitroglicerina cargada".
- "Quiero transmitir a los españoles un mensaje de esperanza, ETA es una gran nación".
- "Tu bandera española está más bonita en llamas, igual que un puto patrol de la guardia cuando estalla".
- "Un atentado contra Montoro otro logro pa nosotros, socialicemos los medios de producción a tiros y a la mierda los votos".
- "De Cospedal no reiría tanto en un zulo a cuarenta grados".
- "¿Soy un molotov en la sede de UPyD?"
- "Pero bueno, tenemos goma2 y amonal, y así llegará un día que explotadores volarán (…)".
- "Esto no es violencia gratis, está justificada, como un antidisturbios que muere en una barricada".
- "Terrorismo invicto como los GRAPO".
- "Matando a Carrero ETA estuvo genial, a la mierda la palabra, viva el amonal".
- "Kale borroka en el Ministerio de Educación, esto es amor: goma2 y Kalashnihovs".
- "Amonal en coches oficiales (…)".

2. La defensa del acusado recurrió en casación la sentencia condenatoria, entre otros motivos, por infracción del derecho a la libertad de expresión y a la creación artística y por indebida aplicación del art. 578 CP, construyendo su recurso sobre los siguientes argumentos:

[5] La sentencia también condena por los delitos de injurias a la Corona y de amenazas – ambos igualmente objeto del recurso -, si bien en el presente trabajo el análisis se centra únicamente en el delito de enaltecimiento del terrorismo.

- La actuación del recurrente se produjo en el pleno ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y a la creación artística, sobre la base del art. 20 de la Constitución y del art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto garantizan y protegen el derecho a difundir las opiniones. Considera la defensa que el acusado no ha sobrepasado los límites de dichos preceptos ni la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, sobre el discurso del odio, alegando que las canciones no van dirigidas contra minoría alguna.
- El recurrente entiende que los contenidos de sus canciones no se refieren a hechos y conductas propios de los delitos de terrorismo. Si bien reconoce que el lenguaje del *rap* es extremo, provocador y simbólico, las letras de aquéllas expresan un deseo subjetivo del acusado sin mencionar a víctimas del terrorismo – por lo que tampoco las menosprecia – ni hacer referencia a ningún delito.

3. Acerca del primer motivo de casación la Sala Segunda expone y asume la argumentación de la sentencia de instancia para rechazar que los hechos sobre los que se condena estén amparados por la libertad de expresión o de creación artística, citando al respecto la ya mencionada STC 112/2016, de 29 de junio, en la que sin perjuicio de reconocer a la libertad de expresión un carácter principal en los sistemas democráticos, también se alude la posibilidad de su limitación cuando colisiona con otros derechos o intereses constitucionales, como acontece con las expresiones propias del discurso del odio destinadas a incitar a la violencia o a la discriminación de colectivos. En relación con ello la STC 112/2016 incorpora la doctrina asentada en la STC 177/2015, de 22 de julio, a propósito del discurso del odio; en esta se encomienda al control constitucional la labor de dilucidar si las especies vertidas son expresión de una opción política legítima – esto es, aquella que estimula el debate para la transformación, en su caso, del sistema político -, o si, contrariamente, no son más que un reflejo emocional de hostilidad para excitar hacia el odio y la intolerancia, incompatibles con los valores propios de la democracia. Y de nuevo se incorpora al cuadro argumental la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, para la definición de la provocación al delito de terrorismo[6].

4. Sobre la indebida aplicación del art. 578 al relato fáctico la sentencia toma apoyo en la STS 378/2017, de 25 de mayo, ya citada[7], para finalmente declarar que los

[6] Vid. supra, nota 1.
[7] Vid. supra, II.5.

hechos enjuiciados constituyen alabanzas a grupos terroristas, a sus miembros y a los medios por ellos empleados, lo que no tiene cabida en el adecuado ejercicio de la libertad de expresión[8].

IV. ABSOLUCIÓN DEL DELITO DE ENALTECIMIENTO Y CONDENA POR INCITACIÓN AL ODIO *EX* STS 72/2018, DE 9 DE FEBRERO (CASO TWITTERO JORDI)

1. En esta sentencia el Tribunal Supremo conoce en casación de un recurso interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria dictada en la instancia por la Audiencia Nacional[9]. De la relación de hechos probados podemos destacar las siguientes expresiones manifestadas a través de la red social Twitter por el acusado Jordi:

- "53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas".
- "Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias".
- "Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande".
- "Ahora sólo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre".
- "Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, si van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden".

2. La defensa del acusado recurrió en casación la sentencia condenatoria alegando la inexistencia de dolo, al no haber quedado acreditado que la intención de aquél fuese ofender o incitar al odio a través de sus manifestaciones, negando que el recurrente pretendiera ofender, injuriar o enaltecer ninguna clase de terrorismo.

[8] Aquí la STS 72/2018 concluye en los mismos términos que la sentencia de instancia: "La pluralidad de mensajes contenidos en las canciones publicados en Internet y con acceso abierto por el acusado tienen un indudable carácter laudatorio de las organizaciones terroristas GRAPO y ETA y de sus miembros, el cual va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, solidaridad con los presos o camaradería nacida de vínculos ideológicos, y que comporta una alabanza no ya de los objetivos políticos, sino de los medios violentos empleados (…) y contienen una incitación a su reiteración. Los referidos contenidos no quedan amparados por la libertad de expresión o difusión de opiniones invocada por el acusado y su defensa".

[9] El Ministerio Fiscal también recurrió en casación, si bien solicitando se aplicasen a los hechos los correspondientes subtipos agravados al haberse vertido las expresiones a través de Internet, acogiendo la Sala Segunda dicha pretensión que no había sido atendida en la instancia.

3. Comenzando por el delito de enaltecimiento que fue objeto de condena, analiza la Sala Segunda su STS 224/2013, de 3 de marzo, según la cual la acción típica del art. 578 puede realizarse a través de cualquier medio de expresión o difusión pública, con exclusión de la comisión omisiva y constituyendo un delito con sustantividad propia e independiente tanto de la apología genérica prevista en el art. 18 CP como del delito específico del art. 579. Para discriminar las conductas la STS 224/2013 distingue entre la apología del terrorismo del art. 579, en cuanto invitación directa a cometer un concreto delito, y el enaltecimiento/justificación del art. 578, que contiene una conducta de carácter genérico que no llega a integrar una provocación directa ni indirecta al delito. Apunta la sentencia que la diferencia esencial se encuentra en que el art. 578 adelanta la barrera de protección al no precisar de una concreta incitación al delito, sino una conducta genérica con la que se enaltece o justifica una actuación terrorista; es este significado el que permite no contemplar el enaltecimiento como un delito de terrorismo, puesto que tan sólo consiste en proferir expresiones laudatorias de actos terroristas o de sus autores sin incitación directa ni indirecta a la comisión de actos propios de los tipos penales de terrorismo, lo que no impide exigir como plus de exigencia a efectos de calificación que se deba apreciar en los hechos una concreción de aquello que se enaltece o justifica, una justificación del acto o de la banda terrorista, es decir, algo que supere los límites de un comentario genérico.

4. Analiza a continuación la STS 72/2018 el delito del art. 510 CP, sobre la promoción al odio, a la violencia o a la discriminación contra grupos o asociaciones. Determina sobre ello como elemento nuclear de la conducta la transmisión de un mensaje de odio de forma global, originándose un delito de peligro en el que basta la concreción en el contenido de la especie de un discurso del odio que lleva implícito el referido peligro. Por tanto, dicho discurso del odio ya es de por sí antijurídico y no necesita de una mayor exigencia que exceda del mismo, cuya lesividad ya es por sí sola contraria a la convivencia.

5. De lo expuesto deduce la sentencia que ambos delitos presentan una estructura similar, detallando que el enaltecimiento/justificación del art. 578 es una especie dentro del genérico delito de odio del art. 510, lo que colisiona a efectos punitivos con el derecho a la libertad de expresión, introduciendo al respecto el desarrollo que efectúa el Tribunal Constitucional en su STC 112/2016[10], donde se hace un especial llamamiento

[10] Vid. de nuevo supra, II.5.

al control jurisdiccional sobre las manifestaciones que alienten la violencia o promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia con el fin de ponderar en cada caso concreto si la conducta enjuiciada se mueve dentro del marco del legítimo ejercicio de la libertad de expresión o si, contrariamente, atenta contra los derechos y la dignidad de las personas concernidas.

Prosigue la sentencia apuntando que en ambos delitos no se requiere un dolo específico, sino un dolo básico constatable a partir de las expresiones vertidas y manifestado precisamente en la voluntariedad del acto[11], lo que excluye del delito las situaciones incontroladas y las reacciones momentáneas, incluso emocionales, ante circunstancias que el sujeto no puede dominar.

6. En el caso concreto objeto del recurso de casación la STS 72/2018 advierte en el recurrente un dolo incompatible con actos ocasionales, incontrolados o involuntarios, por cuanto conoce y quiere las expresiones que vierte con un evidente contenido de odio que permite afirmar su carácter típico y antijurídico al ir dirigidas contra mujeres que han sufrido vejaciones o maltrato físico, por lo que concurre la comisión del delito del art. 510. No así – aprecia la sentencia – en cuanto al delito de enaltecimiento, al consistir los hechos en manifestaciones muy genéricas o expresiones de deseo sobre la falta de un atentado en Madrid, insuficientes para que se constituya el delito de peligro al no determinarse un destinatario concreto del acto que se enaltece o la persona a quien se pretende reivindicar, lo cual desprovee de contenido terrorista a unas exteriorizaciones de odio que resultan más incardinables en el delito del art. 510 junto con las ya mencionadas en contexto de género, para su tratamiento unitario y conjunto.

V. CONCLUSIONES

De todas las reflexiones que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1ª. Desde un punto de vista de Derecho constitucional una correcta comprensión del delito de enaltecimiento del terrorismo exige algún tipo de incitación, aunque sea indirecta, para considerar legítima una injerencia legislativa en la libertad de expresión. Desde la perspectiva del Derecho europeo se requiere la publicidad de los mensajes que

[11] La propia sentencia ofrece un ejemplo atinente al art. 510.1.a CP: "(…) el contenido de las frases revela el carácter agresivo de las expresiones y la constatación del odio al ir referidas a situaciones en las que desea encontrar a mujeres a las que se refiere en términos agresivos en un contexto de género".

induzcan a la comisión de delitos de terrorismo cuando de dicha conducta pueda derivarse el riesgo de su perpetración.

2ª. El ensalzamiento/justificación puede referirse tanto a acciones terroristas como a las personas que hayan participado en las mismas, canalizándose el mensaje a través de cualquier medio que facilite su expresión o difusión públicas.

3ª. El delito del art. 578 prevalece sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión cuando constituya una manifestación del discurso del odio al propiciar o alentar, aunque sea indirectamente, un riesgo para personas o derechos o para el sistema de libertades, exigiéndose que la incitación se lleve a cabo ilegal e intencionadamente y con un riesgo de aptitud para la comisión de la infracción terrorista. Sólo bajo estos parámetros la activación del tipo penal puede entenderse como una injerencia legítima en el ejercicio de aquel derecho.

4ª. Para que la conducta de enaltecimiento presente carácter antijurídico se requiere no sólo su adecuación formal a los requerimientos del tipo, sino que dicho ajuste vaya acompañado de algún otro elemento de índole tendencial que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal.

5ª. En todo sistema democrático la libertad de expresión ocupa un lugar de preeminencia, debiendo sin embargo decaer y ser objeto de la correspondiente limitación cuando colisiona con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede con las expresiones propias del discurso del odio destinadas a incitar a la violencia o a la discriminación de colectivos, debiendo diferenciarse con especial rigor si las manifestaciones vertidas constituyen la expresión de una opción política legítima o si, en oposición a ello, reflejan un contenido emocional de hostilidad para excitar hacia el odio y la intolerancia.

6ª. El delito de enaltecimiento/justificación del art. 578 es independiente de la concreta apología del terrorismo del art. 579, diferenciándose ambos por el dato de que en el primero se adelanta la barrera de protección penal por cuanto no precisa de una específica incitación al delito, sino de una conducta genérica con la que se enaltece o justifica una actuación terrorista. A estos efectos es suficiente con proferir expresiones laudatorias de actos terroristas o de sus autores, si bien con un reforzamiento basado en la exigencia de que aflore de los hechos una concreción de aquello que se enaltece o justifica, una justificación del acto o de la banda terrorista, es decir, algo que supere los

límites de un comentario genérico. De no existir ese plus justificativo de la aplicación del art. 578 l conducta sería reconducible a un delito de incitación al odio del art. 510.

* * * * * *

Rocío Gutiérrez Gallardo
Abogada del Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Máster en Derecho Penal (ICAB).
Socia de la FICP.

~La prueba de ADN en el proceso penal~

I. INTRODUCCIÓN

El análisis del ADN es en hoy una técnica de investigación esencial en el ámbito penal, especialmente en procesos por delitos contra la vida y la libertad sexual.

Esta técnica forense consiste en la comparación de perfiles genéticos, con el fin de realizar una valoración probabilística de la coincidencia de perfiles humanos, para lo que se compara una muestra dubitada del investigado con otra indubitada de modo que, si se da coincidencia entre ambas, se dice que existe un altísimo grado de probabilidad de que la muestra pertenezca al sospechoso.

No puede obviarse que es una diligencia de investigación que supone una injerencia en derechos fundamentales y por ello está sometida a determinadas exigencias. Se trata por ello de que la prueba de ADN se practique de modo que pueda reputarse prueba de cargo válida por el órgano enjuiciador. La reforma operada por la LO 31/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica ha incidido en la materia objeto del presente trabajo, regulando de modo novedoso el consentimiento informado y la toma forzosa de muestras al detenido en el art. 520.6.c)[1].

II. TOMA DE MUESTRAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES:

La STC 207/1996, de 16 de diciembre, definió las intervenciones corporales como las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado. La doctrina constitucional ha venido estableciendo que las intervenciones corporales afectan al derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del

[1] http:// www.fiscal.es

cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa y afectan así mismo al derecho a la intimidad personal, que no corporal, garantizado por el art. 18,1 CE, que tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal[2].

Respecto al derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10,1 CE) se ha dicho que implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994).

El Tribunal Constitucional matiza que no todas las intervenciones corporales son de la misma índole y así, existen intervenciones corporales leves y mínimamente invasivas como sería por ejemplo la extracción de saliva, que no suponen una intromisión en la integridad física aunque sí pueden conllevar una intromisión en el derecho a la intimidad personal en razón de su finalidad, si a través de ellas se pretende averiguar una información que afecta a la esfera de la vida privada que el sujeto puede no querer desvelar (STC nº 199/2013, de 5 de diciembre).

Viene reiterando la doctrina constitucional que los derechos fundamentales no tienen carácter ilimitado y que no podrá considerarse ilegítima "aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 159/2009, de 29 de junio. Por tanto, la injerencia en el derecho a la intimidad resultará admisible si obedece a un fin constitucionalmente legítimo; si la medida limitativa del derecho está prevista en la ley y si viene acordada mediante auto debidamente motivado, con respeto a los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad. Por tanto, aplicando los parámetros constitucionales que justificarían la intromisión en el derecho a la intimidad que implica la prueba de ADN puede establecerse lo siguiente. El fin constitucionalmente legítimo al que se orienta la prueba de ADN es la investigación del delito (por todas, SSTC 25/2005, de 14 de febrero, y 206/2007, de 24 de septiembre). La cobertura legal para su práctica la proporcionan el art. 326 y el art. 363 de la LECRim en su redacción dada por la LO 15/2003, así como la Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 10/2007, de 8

[2] http:// www.fiscal.es

de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, así como el nuevo art. 520.6.c) de la LECrim. En cuanto a la necesidad de autorización judicial, de modo constante, recordamos que el TC ha mantenido que no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial para las restricciones del derecho a la intimidad.

La STC 37/1989, de 15 de febrero, en relación con la práctica de diligencias limitativas del derecho a la intimidad, proclamó que aun cuando era sólo posible por decisión judicial, no podía descartarse la posibilidad de que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial." En particular, el TC ha admitido que la actuación policial pueda ser necesaria en atención a la urgencia de la actuación, el modo de comisión del delito o su gravedad (STC 173/2011, de 7 de noviembre). Llegados a este punto, debe citarse el Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala II, de 31 de enero de 2006, por el cual la policía no precisa obtener consentimiento ni, en su defecto, autorización judicial para la recogida de muestras abandonadas por el imputado Empero[3], bajo este acuerdo se han llegado a amparar tácticas que resultan de dudosa licitud, máxime, en un Estado de Derecho, tales como ofrecer un vaso de agua o un cigarrillo al sujeto que se encuentra detenido, para que una vez que éste se desprenda de dichos objetos, se pueda interpretar que la saliva que haya quedado depositada en los mismos conforma una muestra abandonada y que, por tanto, puede recogerse sin necesidad de consentimiento ni autorización judicial. Otro caso paradigmático que se ha venido dando asiduamente en este contexto es también el de proceder a la recogida de muestras o vestigios mediante una entrada y registro domiciliario previamente autorizados por el Juez de Instrucción.

La regulación existente en España en lo que atañe a las pruebas de ADN y a las intervenciones corporales[4] resultaba y todavía resulta notable y controvertidamente incompleta. En este orden de cosas, cabe traer a colación las últimas novedades normativas aprobadas en la materia. Así, debemos referir el dictado del artículo 129 bis del Código Penal, que ha sido insertado por la L.O. 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigor el pasado 1 de julio y que añade una importante previsión, por cuanto establece como

[3] H. SOLETO MUÑOZ, La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN… De los métodos basados en la percepción a la prueba científica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 128

[4] http://dx.doi.org/10.15304/dereito.24.2.2802

consecuencia del delito que «si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

El art. 520.6, apartado c, inciso 2º , de la LECrim[5] permite el uso de la coacción física únicamente en caso de que el detenido se niegue a la práctica de un frotis bucal, pero qué ocurre en caso de que el sospechoso no se encuentre detenido o en el caso de que la muestra se obtenga mediante extracción de cabellos o de sangre, ¿se puede emplear la coacción en estos casos?, es algo que el legislador ha pasado por alto y que puede plantear serios problemas. Por ejemplo, se podría correr el riesgo de que se llegase a utilizar la medida cautelar de detención de un modo abusivo[6]. Ello también podría dar lugar a que, por mor de una inapropiada redacción del precepto --no sabemos si meditada y querida así por el legislador o no– o de una malinterpretación del mismo, se realizase la prueba de ADN a sujetos respecto de los cuales no hayan recaído todavía indicios racionales suficientes de criminalidad (uno de los requisitos comprendidos dentro del principio de proporcionalidad), pero que hayan sido detenidos por la policía como medida cautelar provisionalísima[7]. No tenemos clara, en definitiva, cuál es la verdadera razón por la que el legislador ha decido redactar así los términos del citado

[5] «Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

[6] J. M. ASENCIO MELLADO, Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 212-213.

[7] http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx

art. 520. 6 c) párrafo segundo. Por otro lado, y de modo análogo al art. 129 bis del Código Penal, dicho precepto no determina cuáles son las concretas medidas coactivas que pueden emplearse ni la forma de proceder en la práctica a tal fin, aspecto éste que, quizás podría sustentar la base de futuros y eventuales supuestos de nulidad o ilicitud probatoria en relación con la obtención de muestras de ADN indubitadas[8].

III. LA ASISTENCIA LETRADA PARA LA TOMA DE MUESTRAS:

Frente a la doctrina anterior, que no exigía la asistencia letrada en la toma de muestras al detenido con su consentimiento, a partir de la STS nº 685/2010, de 7 de julio se suceden pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia, en los que, se exige la asistencia letrada al detenido para que preste consentimiento para la obtención de muestras biológicas para análisis de ADN. Sin embargo, la línea jurisprudencial citada no era del todo uniforme y ello dio lugar a que la cuestión fuera objeto de debate y al Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 que estableció: "La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de Letrado cuando el imputado se encuentre detenido y, en su defecto, autorización judicial. [9]Sin embargo, es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción". El Acuerdo contiene por tanto dos pronunciamientos. En primer lugar, que la toma de muestras consentida al detenido exige asistencia letrada. En segundo lugar, que en supuestos de contraste con muestras obtenidas de la Base de Datos, la impugnación no es admisible si no se produce en fase de instrucción.

Puede afirmarse[10] pues que tras el Acuerdo no Jurisdiccional de 24 de septiembre de 2014, la Sala II se ha decantado por exigir la asistencia letrada para que el detenido preste su consentimiento a la obtención de una muestra para la prueba de ADN. Y que esta asistencia letrada se erige en una garantía cuyo respeto resulta ineludible en la toma de muestras, a fin de no privar de valor a la prueba de ADN que a partir de su análisis se realice, y por ende, de aptitud para integrar prueba de cargo. En las tomas de muestras

[8] http://dx.doi.org/10.15304/dereito.24.2.2802
[9] http:// www.fiscal.es
[10] http:// www.fiscal.es

que se efectúen en fase de instrucción al detenido con su consentimiento deberá contar con asistencia letrada. En caso de que la muestra indubitada con la que se ha efectuado el cotejo de la dubitada no cumpla esta exigencia, y sea impugnada en fase de instrucción, será necesario acordar la toma de una nueva muestra, con asistencia letrada en el consentimiento Esta es la opción del legislador plasmada en la LO 31/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al regular la asistencia del abogado al detenido en el art. 520.6, añade un apartado c) que incluye entre las materias que integran la asistencia letrada:" Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se soliciten." De entre las diligencias que se soliciten, deben entenderse incluidas las intervenciones corporales como la toma de muestras.

IV. LA INCLUSIÓN EN LA BASE DE DATOS:

La base de datos se rige por las normas contenidas en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. En la misma se integran los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado[11]. Su utilidad es doble, pues sirve de herramienta tanto para la investigación de delitos como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas. En cuanto a los tipos de identificadores que pueden incorporarse a esta base de datos de carácter policial, éstos se determinan en el art. 3 de la L.O. 10/2007.

El art.3 de la LO 10/2007[12] dispone que la inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.

[12] Art. 3 de la LO 10/2007: se inscribirán: "1.a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados…

Se inscribirá el ADN no codificante a los solos efectos de identificación y sexo es decir, no está permitido inscribir datos relativos a la salud ni a la configuración[13] biológica de la persona, puesto que ello vulneraría el derecho a la vida privada, el derecho a la intimidad genética y el derecho a la protección de datos de carácter personal51. En efecto, éste es uno de los principales mandatos que se encomiendan desde la Unión Europea. De hecho, en el apartado III (titulado Intercambio de Resultados de Análisis de ADN), inciso primero, de la Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2009/C296/01), DOUE de 5 de diciembre de 2009, se indica que: «a la hora de intercambiar resultados de análisis de ADN, se insta a los Estados miembros a que limiten los resultados de análisis de ADN a las zonas cromosómicas que no contengan ningún factor de expresión de información genética, es decir, a las zonas cromosómicas de las que no se tenga constancia que contengan información sobre características hereditarias específicas». Y por si fuese poco, en su inciso segundo, se matiza que «si gracias a los avances científicos se llegara a demostrar que alguno de los marcadores de ADN recomendados en la presente Resolución contiene información sobre características hereditarias específicas, se aconseja a los Estados miembros que no sigan utilizando dicho marcador en el intercambio de resultados de análisis de ADN. Se aconseja también a los Estados miembros que estén preparados para borrar cualesquiera resultados de análisis de ADN que puedan haber recibido si dichos resultados de análisis de ADN contienen información sobre características hereditarias específicas».

El precepto establece como limitación para la inscripción que se trate de delitos graves y de delitos que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad, o la libertad sexual o la integridad de las personas, así como los delitos contra el patrimonio en los que se haya empleado fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas. Se[14] menciona la delincuencia organizada sin definir de modo terminante la misma, por lo que en una interpretación integradora habrá que entender que quedan incluidos los supuestos de asociación ilícita del art. 515 del CP, la organización criminal y el grupo criminal de los arts. 570 bis y 570 ter del CP, además de los supuestos que expresamente cita el art. 3, incluidos en el art. 282 bis.4 de la LECrim. La anterior normativa se completa con el RD 1977/2008, de 28 de noviembre por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional sobre Uso Forense del ADN,

[13] http://dx.doi.org/10.15304/dereito.24.2.2802
[14] http:// www.fiscal.es

modificado por el RD 851/2015, de 28 de septiembre. Corresponde a la Comisión Nacional sobre Uso Forense del ADN la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre las obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en la custodia, el establecimiento de las medidas que garanticen la confidencialidad y reserva de las muestras y así como de los análisis y los datos que se obtengan de las mismas.

El marco legal expuesto se completa con el art. 129 bis del CP[15], que se enmarca en el Título VI del Libro I, que lleva por rúbrica De las consecuencias accesorias, precepto que introduce en el Código Penal la LO 10/ 2015, de 30 de marzo. Como anuncia la Exposición de Motivos, se trata de incorporar a nuestro ordenamiento las previsiones del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado por España el 22 de julio de 2010, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para la inclusión de perfiles genéticos de los condenados en la base de datos de ADN. En la actualidad únicamente son inscritos los perfiles genéticos de sospechosos, detenidos o imputados por determinados delitos y ello no garantiza que accedan a la base de datos los perfiles de quienes resulten condenados por delitos de especial gravedad. Este precepto faculta al juez o tribunal sentenciador para acordar la toma de muestras biológicas y la práctica de los análisis para la obtención de identificadores de ADN así como la inscripción de los mismos en la base de datos policial respecto de condenados por los delitos que enumera así como por delito grave contra la vida, la salud o integridad física, cuando concurra el doble requisito de que se trate de uno de los delitos previstos y exista un riesgo de reiteración delictiva.

Asimismo, en el apartado 2 del mismo precepto se declara que «sólo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta Ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse». En lo atinente al régimen de conservación y cancelación de los datos, ello se detalla en el art. 9 de la L.O. 10/2007. Así, el lapso de tiempo durante el cual pueden estar archivados los datos se corresponde fundamentalmente con el período que debe transcurrir para que se

[15] http:// www.fiscal.es

produzca la prescripción del delito o, en su caso, la cancelación de los antecedentes penales. Esto último –cuando se dicte una sentencia condenatoria firme o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, excepto resolución judicial en contrario–. Empero, si el juez dicta auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las anteriormente citadas, la inscripción deberá cancelarse una vez que dichas resoluciones sean firmes. Además, si existiesen varias inscripciones de una misma persona, que se correspondan con diversos delitos, los datos y patrones identificativos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio. Ahora bien, este régimen plantea algún que otro problema, toda vez que «el sospechoso que no ha sido imputado puede tener que soportar un plazo de cancelación mucho mayor del imputado absuelto, y lo mismo puede ocurrir respecto de las personas que hayan prestado su muestra de forma voluntaria si no son imputados»[16].

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE ADN:

Es una prueba pericial, que exige la declaración en juicio del perito autor, para ratificación y ampliación del informe escrito que se habrá efectuado en fase de instrucción. La prueba pericial de ADN consiste, al igual que una prueba pericial caligráfica, en el cotejo de una muestra dubitada con otra indubitada, obtenida bien de la persona sospechosa, bien de una base de datos. Si ambas coinciden en sus marcadores genéticos, es un medio de prueba que puede servir para acreditar la autoría con plenas garantías, aunque exige, como cualquier otra, que haya sido aportada al proceso con las garantías constitucionales y legales. La STS nº 607/2012, de 9 de julio. Es una prueba indiciaria, pues no acredita por sí misma la autoría, pero de su resultado se infieren datos sustanciales para el esclarecimiento de la participación del acusado, ya que acreditan la plena identificación del mismo en el lugar de los hechos de forma indubitada, o su directa relación con el objeto del proceso, lo que constituye un punto sustancial de partida para la valoración del resto del patrimonio probatorio.

La prueba indiciaria es admitida tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado (STS nº 820/2014, de 26 de noviembre), ahora bien, la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede de la interrelación y combinación de indicios, y por ello ordinariamente el

[16] http://dx.doi.org/10.15304/dereito.24.2.2802

indicio único resulta insuficiente (SSTS de 14de febrero de 2000). *Pero la conexión de estos datos con la atribución a la persona a la que pertenece el perfil genético hallado en las muestras de la participación en el hecho delictivo necesita un juicio lógico de inferencia del que pueda deducirse sin duda alguna que por el lugar en el que se encontró la muestra o por el conjunto de circunstancias concurrentes, la muestra procede del autor del hecho delictivo. Por el contrario, cuando la prueba de ADN es la única existente y es factible establecer conclusiones alternativas plausibles, la valoración ha de ser distinta y resultar el indicio insuficiente*. (STS nº 949/2006, de 4 de octubre).

VI. CONCLUSIÓN:

Los grandes avances científicos de los últimos años en lo que a obtención y análisis de ADN se refiere, han supuesto que en la actualidad, la prueba de ADN sea esencial para el esclarecimiento de la autoría de muchos crímenes, sobre todo los relacionados con delitos contra las personas. Pero, de la misma forma que la ciencia ha avanzado para mejorar sus técnicas de toma de muestras y análisis del ADN, debería hacerse una mejora en la regulación jurídica del uso de esas pruebas en el orden penal que abarcara una regulación concreta y detallada en este ámbito, sobre todo en lo referente a la obtención de muestras que impliquen intervenciones corporales, ya sean intervenciones leves o más gravosas para la dignidad humana, dado el evidente choque existente entre estas técnicas y derechos fundamentales de ámbito personal. Asimismo, la reforma también debería hacer referencia a las bases de datos donde queda registrada la información obtenida, al objeto de reducir los plazos de cancelación de datos, por ejemplo, en caso de quedar demostrada la inocencia del acusado, así como eliminar la actual posibilidad de incluir en dichos ficheros a los simples sospechosos.

*** * * * * ***

Inmaculada Serrano Pérez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~La víctima en el proceso penal*~

Resumen.- En las últimas décadas ha aumentado de un modo extraordinario la preocupación social y doctrinal por quienes sufren actos delictivos, hasta tal punto que se ha hablado de un "redescubrimiento de la víctima", como contraposición a una etapa en la que la parte agraviada había quedado relegada a un segundo plano al centrase el sistema punitivo en el delincuente, aludiéndose a ella como la "gran olvidada" del Derecho Penal. Con la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, y el posterior Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, que la desarrolla, la víctima se presenta por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal como la figura protagonista, reconociéndosele derechos básicos y encomendándose a los órganos jurisdiccionales una función protectora cuyo objetivo principal es asegurarle la protección integral, poniendo a su disposición las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y el mecanismo de la pionera mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa aplicable con carácter general al ámbito del derecho penal.

Palabras Clave.- Víctima; Proceso penal; Estatuto; Derechos; Mediación penal

I. INTRODUCCIÓN

Si analizamos nuestro Derecho histórico observamos la progresiva pérdida de protagonismo de la víctima del delito, de ahí la gran preocupación de la mayoría del sector doctrinal, legislativo y jurisprudencial en las últimas décadas de alcanzar la recuperación de la atención que la víctima se merece.

En el Derecho romano primitivo y en el Derecho de los pueblos germánicos, tuvo lugar lo que se ha conocido como la "edad de oro" de la víctima, por cuanto contaba con un amplio poder de decisión respecto al castigo del delito. En esa época el principio de religiosidad imponía a todos los miembros de la comunidad el deber de respetar el orden social establecido por los dioses, y ese orden se entendía perturbado cuando se cometía algún acto ilícito. En este caso se infringía una obligación moral, y surgía el derecho del ofendido a la venganza contra el ofensor, admitiéndose el castigo físico ("venganza de sangre"). Asi pues, en el origen del Derecho Penal, la víctima era siempre protagonista del proceso y de la pena, ya que en los primeros tiempos de la civilización, la justicia penal era de carácter privado y se consideraba que todo delito, únicamente producía daño privado, o dicho de otro modo, daño en la víctima, no afectando nunca a los bienes de carácter social o la comunidad en si misma considerada, por lo que la pena se solventaba sobre la base de la venganza privada por parte de la víctima del delito o ,en su caso, por parte de los familiares más directos[1].

*Comunicación presentada en el Congreso Nacional de Penología sobre "Un sistema de sanciones

Más tarde, el delito dejó de concebirse como una ofensa individual, y se consideró una afrenta al grupo familiar al que pertenecía la víctima. La infracción comportaba una vulneración del principio de paz social que debía regir entre las familias; en consecuencia, la comunidad afectada quedaba legitimada para ejercer la venganza contra el ofensor y su estirpe y el círculo familiar del infractor podía optar entre entregarlo, liberándose de responsabilidad, o apoyarle asumiendo la infracción como propia.

Junto al castigo físico surgió, en los pueblos germanos, una nueva forma de sanción: la "compositio", que suponía el pago por el culpable de la cantidad estipulada con el lesionado como contraprestación por el desistimiento de la venganza. Posteriormente la "compositio" se judicializó, pasando a ser los Jueces los encargados de determinar la suma económica procedente en cada caso y asi, las disposiciones legales, fueron proscribiendo el castigo corporal y aplicando la reparación económica para la mayor parte de los delitos. De esta forma, la progresiva intervención de las instituciones públicas en el ámbito sancionador fue restringiendo la potestad atribuida a la víctima ya que, jurídicamente: se limitó su capacidad de decisión sobre la persecución y sanción de la infracción quedando reducida su intervención en el proceso judicial y económicamente se le privó de una parte de la condena pecuniaria del ofensor para atribuírsela a la comunidad.

El moderno Derecho Penal entrañaba una concepción nueva del delito, como atentado contra el orden social, que se iba a diferenciar netamente del daño privado causado a los perjudicados. El castigo abandonaría, así, su inicial función reparadora e iría adquiriendo una finalidad preventiva y es a partir de entonces cuando el sistema penal se articularía en torno al delincuente, reduciéndose el papel del ofendido en el proceso penal al de mero testigo o actor civil.

Se ha hablado, así, de una victimización "primaria" y de otra "secundaria":

– La ***"victimización primaria***" es la que sufre la víctima directamente a causa del delito, daños de toda índole: físicos, psíquicos, económicos, sociales.

penales para el siglo XXI", organizado por la Univ. de Oviedo, el Ministerio de Economía y Competitividad, el Ayuntamiento de Oviedo, la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal y el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo (dir.: Prof. Dr. Luis Roca Agapito) los días 10 a 14 de septiembre de 2018. Univ. de Oviedo, Oviedo.

[1] DRAPIN, I. El derecho de las víctimas, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Madrid 1974, pp 243 y ss.

– La "***victimización secundaria***" se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico-penal. Muchas veces, la víctima ve frustradas sus expectativas cuando entra en escena el estado. De ahí, que esta victimización haya sido considerada especialmente perniciosa, en la medida en que es producto del propio sistema que, en principio, habría de proporcionarle justicia.

En la segunda mitad del siglo XIX, no sólo autores aislados, sino también en encuentros internacionales, se trató de la problemática de la víctima, sobre todo, en su vertiente reparadora. De entre ellos cabe destacar como, en dos Congresos, el primero, el Congreso Penitenciario de París de 1.895, en el que autores denunciaron la desigualdad de trato que el Estado, reserva dentro del proceso penal para los protagonistas del delito, y el segundo, fue el VI Congreso Penitenciario de Bruselas de 1884, en donde otros autores pidieron que se considerara legislativamente la introducción de la reparación de la víctima como una pena alternativa a la pena de prisión.

Tras la II Guerra Mundial, y, sobre todo, a partir de los años 70, surgió en Estados Unidos un movimiento social en defensa de los derechos de las víctimas, corriente que se extendería a Europa y que supuso numerosas reformas legales e institucionales, al tener conciencia de la deficiente protección y atención que se prestaba al ofendido. Esa preocupación por la parte agraviada motivó la celebración de reuniones internacionales que condujo a que, en 1980, se creara la Sociedad Internacional de Victimología, y a partir de entonces, se aprobaron diversas resoluciones internacionales entre las que cabe destacar, el convenio europeo sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos, Convenio 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctima de delitos y del abuso de poder, presentada en 1984 por la Sociedad Internacional de Victimología y adoptada por la O.N.U. en 1985; y la Recomendación Nº R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y el proceso penal.

Ese renovado interés por la víctima, unido a la crisis de la pena privativa de libertad al no alcanzarse los objetivos preventivos deseados, llevarían, tanto a la doctrina como al legislador, a tomar en consideración no sólo al infractor sino también a la parte agraviada en el tratamiento de la delincuencia.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL

La figura de la víctima, en relación con el proceso penal, ha ido evolucionando con el paso del tiempo por distintas fases hasta llegar a donde nos encontramos actualmente en el que se considera una justicia más humanizada que intenta alcanzar la restauración del daño causado, antes o durante la represión del hecho delictivo, concluyendo asi pues en la premisa de que, todas las personas ostentan los mismos derechos en igualdad, y cuando alguno se ve vulnerado, debemos plantearnos cuál es la forma más adecuada de restituirlo, pues la "tarea del Derecho es tratar desigualmente a los desiguales para obtener una cierta igualdad"[2].

Esta situación, que planteaba un escenario de notable desigualdad entre víctima y victimario, cambia a partir de un momento clave en el desarrollo de la historia, que paradójicamente coincide con una de las mayores situaciones de olvido que sienten las víctimas ante el injusto sufrido: el holocausto nazi consecuencia de los seis millones de judíos que mueren en los campos de concentración alemanes, y quien el garante de la justicia, que es el Estado, es también el victimario. Es entonces cuando surge la noción de "víctima" como un importantísimo elemento dentro del proceso penal.

En 1973 se celebra en Jerusalén el Primer Simposio Internacional de victimología, organizado por judíos y subvencionado por el gobierno de Alemania, en cierto modo como una forma de arrepentimiento o "reparación". Asi pues, la Victimología, como Ciencia Jurídica, se definió en este I Simposio Internacional como: "el estudio científico de las víctimas". Surge asi, un movimiento científico de moderna aparición, que localiza su atención, en la gran olvidada por las Ciencias Penales y Criminológicas: la víctima y sus dificultades, necesidades y derechos y a lo que, inmediatamente, se añade la referencia a la especial a la atención que merecen los problemas de las víctimas del delito, ya que, atrajo la atención de especialistas de muy distinta procedencia y, sobre todo, obtuvo un reconocimiento internacional, para la Victimología.

Este es el primer paso de un largo proceso hasta llegar a donde nos encontramos hoy en día, la Victimología, que se presenta como el residuo de una concepción superada de la criminalidad y de la Criminología.

[2] RUÍZ VADILLO, E. Valor de las diligencias practicadas por la policía judicial en el proceso penal, Eguzkilore. Revista del Instituto Vasco de criminología, 1999, nº 13 extraordinario, pp. 297 ss.

El II *Simposio,* tuvo lugar en Boston en 1976 y los temas a debatir se agruparon en tres secciones: aspectos conceptuales y legales de la Victimología; las relaciones victímales; y la víctima y la sociedad, centrándose la atención, de forma particularizada, en aquellas víctimas, que sufrieron lesiones y graves daños corporales, tanto en su salud física, como en su salud mental, empezándose a utilizar por primera vez, el concepto de víctima indirecta, en el caso de la muerte de un familiar o persona equivalente a consecuencia de un hecho delictivo, debiendo ser, una reparación global, y especificada a cada perjudicado.

El III *Simposio*, celebrado en Münster en 1979 trató, principalmente de la problemática del papel de las víctimas en el proceso de victimización o la situación de las mismas en el sistema judicial penal; la violencia en la familia y el examen de las víctimas de crímenes violentos durante el nacional- socialismo.

El IV *Simposio*, se celebró en Japón, en las ciudades de Tokio y Kyoto, en 1982. Además de las tradicionales cuestiones generales y metodológicas, se abordaron problemas, hasta entonces, inéditos (víctimas de la delincuencia de cuello blanco y de la contaminación) y se prestó especial atención, a la asistencia, compensación y restitución y otros servicios a las víctimas, sentando las bases, de lo que posteriormente marcaría, la reparación integral de las víctimas del delito

El V *Simposio,* tuvo lugar en Zagreb y, al mismo, se incorporaron, algunas cuestiones tratadas, hasta entonces, de forma incidental, por ejemplo, la problemática de las víctimas de los abusos de poder o la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización en los ámbitos regional e internacional, abogando, por una eliminación de los hechos delictivos.

El VI Simposio, celebrado en Jerusalén en 1988, siguió una línea de consolidación de anteriores investigaciones, incidiendo además, en el examen de los programas de asistencia a las víctimas y en diversos aspectos concretos de la victimización; la problemática de las víctimas de catástrofes nucleares y ecológicas, dada la gran demanda social, en poder clarificar, de forma adecuada, la protección por los Estados, de la especial situación de estos perjudicados.

En este sentido, las Naciones Unidas proclamaron en 1985 la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder", utilizando por primera vez la palabra 'víctima' abierta y públicamente. Además,

en su apartado A.1 se ofrece una definición de víctima, que pasa a ser entendida como: "las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daño, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros".

El objetivo que ya a comienzos del siglo XIX se marca para el futuro es claro: convertir a las víctimas en protagonistas del proceso penal, reconocer, que no existen delitos sin víctima y que, por consiguiente, debe dárseles una atención central y poner a su disposición todos los medios necesarios. Se trata, en definitiva, de acabar con la idea de venganza institucional, para humanizar a la víctima ante quien la ha considerado no merecedora de alguno de sus derechos más personales. Y ello sólo se puede conseguir a través de su verdadera presencia en el proceso penal. En este marco normativo surge una corriente doctrinal que manifiesta la insuficiencia de la regulación actual para asegurar el papel de la víctima en el proceso penal como un sujeto que, personándose o no en el procedimiento, es susceptible de ostentar una posición equilibrada respecto a la del victimario, al que tantos derechos ofrece nuestro garantista sistema penal. Esta línea de actuación se materializa en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, que establece el contorno, que años después, ha llegado a tomar el estatuto de la víctima en el proceso penal. Con posterioridad, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2012, establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Esta nueva Directiva marca el inicio en los Estados miembros de una regulación normativa en la que se refuerza el papel de la víctima como protagonista del proceso penal. Regulación que se encuentra asentada en dos pilares marcados por los propios considerandos de la norma europea y en los que se establece un compromiso "con la protección de las víctimas de delitos y el establecimiento de normas de carácter mínimo en dicha materia"

La línea de actuación establecida por la Unión Europea determina la aprobación de diferentes normativas nacionales, entre las que se sitúa la Ley 4/2015. Una norma que, sobre la base de un catálogo de derechos básicos enunciados en la parte inicial del texto normativo, viene a complementar la regulación hasta ahora vigente con una serie

de referencias específicas relacionadas con el desarrollo del proceso penal y la intervención de la víctima en el mismo.

Asi pues, la victima pasa a ser de interés, dejando atrás el olvido a la que había estado y se conceptúa en los siguientes términos:

1) Víctima enteramente inocente o víctima ideal es aquella que nada ha hecho para desencadenar la acción criminal que sufre. Es totalmente ajena a la actividad del delincuente.

2) La víctima por ignorancia, da un impulso no deliberado al delito; irreflexivamente provoca su propia victimización al facilitar la actuación del agresor.

3) La víctima provocadora, incita con su conducta al hecho criminal; su provocación es decisiva.

4) La víctima voluntaria evidencia aún más la colaboración con el victimario (eutanasia o pareja suicida.

5) Finalmente, la víctima agresora ofrece una doble fisonomía: de un lado, la simuladora (que acusa falsamente); de otro, la imaginaria (que inventa su propia condición de víctima, cuando no se ha producido la infracción)[3].

III. LA LEY 4/2015, DE 27 DE ABRIL, DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.

El 27 de abril de 2015 las Cortes Generales aprobaron la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, que entra en vigor el 28 de octubre de ese mismo año. Esta Ley viene a recoger las exigencias de mínimos marcadas en la Directiva comunitaria, y pretende dar cabida, en el sistema jurídico español, a las demandas de la sociedad española para construir un proceso ya no centrado únicamente en las garantías procesales y derechos del investigado, sino también en los derechos que se le deben reconocer a la víctima del delito. Esta nueva concepción de la víctima y su regulación, supone un giro sustancial en el planteamiento del proceso penal general en todas sus fases, involucrando a todas las instituciones y poderes que intervienen en él, y construyendo en cierto modo una nueva percepción que conlleva hacia el reconocimiento social de las víctimas.

[3] GARCÍA DE PABLOS A.: Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores. Cuadernos de Derecho Judicial nº 15 Madrid 1996, pp 253 y ss.

A partir de esta nueva normativa , los derechos, que con carácter previo sí estaban reconocidos a determinados tipos de víctimas, por ejemplo, las mujeres víctimas de violencia de género, se extienden y generalizan a todos aquellos sujetos pasivos de un delito, al tiempo que se incluyen otras nuevas previsiones inexistentes en nuestro ordenamiento.

La Ley se inicia mediante un Título Preliminar dedicado a las disposiciones generales, que viene a establecer el concepto de víctima, el alcance de la propia ley y un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas que se va desarrollando posteriormente a lo largo del articulado.

El Título I establece una serie de derechos básicos generales reconocidos a todas las víctimas. Aquí se recoge el derecho de información, traducción e interpretación, a los que la Directiva comunitaria dedicaba gran parte de sus considerandos. Además, regula el acceso de las víctimas a los servicios de asistencia y apoyo. Estos derechos son objeto de desarrollo en los títulos posteriores dentro de cada fase procesal o, incluso, extraprocesal.

El Título II se centra en los derechos de participación de la víctima en el seno del proceso penal, regulando su intervención tanto en las fases de instrucción y juicio oral como en la de ejecución. Asimismo, dedica un artículo a la regulación de la justicia restaurativa en el marco del Derecho Penal, que queda así regulada4 en nuestro ordenamiento como un mecanismo orientado a la reparación material y moral de la víctima, y siempre bajo el presupuesto de que víctima y victimario presten su consentimiento libre e informado.

El Título III recoge un catálogo de "buenas prácticas" encomendadas a las instituciones para la salvaguarda de las víctimas y sus derechos. Por tanto, se abordan las cuestiones relativas a su protección y reconocimiento, estableciendo para ciertos tipos de víctimas medidas de protección específicas.

El Título IV establece una serie de disposiciones comunes, entre las que se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de delito, que posteriormente recibirían un mayor desarrollo con el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre. Regula a su vez aspectos organizativos y de coordinación, así como la previsión de objetivos para el fomento de la sensibilización e implicación social con las víctimas.

Finaliza con dos disposiciones adicionales, relativas al futuro desarrollo de cuestiones concretas, y seis disposiciones finales, que recogen las modificaciones que a consecuencia del Estatuto se deben introducir en el resto del conjunto normativo penal español.

IV. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

El Estatuto de la Victima viene a reestructurar el proceso penal, recalcando su bilateralidad entre víctima y victimario, reconociendo a la víctima de unos derechos y garantías que hasta este momento, prácticamente sólo se profesaban respecto al investigado, y asi, la víctima se presenta como protagonista del proceso penal a todos los niveles.

La Exposición de Motivos del Estatuto señala que: "se considera oportuno, dado que uno de los efectos de la presente Ley es la de ofrecer un concepto unitario de víctima de delito, más allá de su consideración procesal, incluir en el concepto de víctima indirecta algunos supuestos que no vienen impuestos por la norma europea, pero sí por otras normas internacionales". Por consiguiente, desde el comienzo se deja patente que la intención de la norma española es superar a la europea en cuanto a la definición que proporciona de la víctima, como sujeto protegido por el presente Estatuto. Y así, recoge en el artículo 2 el ámbito subjetivo de la Ley, en los siguientes extremos:

> *"Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:*
>
> *a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.*
>
> *b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos:*
>
> *1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima conviviera con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.*

2. º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito."

De la anterior definición resultan principalmente significativas dos cuestiones: la distinción entre víctimas directas e indirectas y, en relación con estas últimas, la previsión de una suerte de sucesión de los derechos de la víctima directa.

En primer lugar, la definición de víctima directa (artículo 2.a) es prácticamente idéntica a la que da la Directiva europea. Incluye a la víctima de un ilícito penal en su acepción más amplia, ya que si bien hace mención a algunos daños o perjuicios concretos, podría decirse que los mismos engloban la mayoría de tipos penales. La previsión contenida en el apartado b) contiene la inclusión que se realiza a favor de los familiares de la víctima directa, considerándoles, en algunos delitos, víctimas indirectas del daño causado a la primera. Se trata de aquellos casos en los que la persona sobre la que recaería normalmente la aplicación del presente Estatuto no es capaz, a causa del delito, de ostentar y ejercer los derechos que en él se le reconocen. Se trata, asi pues, de una especie de sucesión de la condición de "víctima" a efectos de la aplicación del Estatuto, con el fin de proteger al cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad a la víctima directa por muerte o desaparición a consecuencia del delito, a sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo, así como a los titulares de la patria potestad o tutela cuando la víctima directa es la persona a su cargo.

Las disposiciones que se contienen en el Estatuto, tienen la finalidad de evitar una segunda victimización de quien ya ha sufrido el daño o perjuicio ocasionado por un delito; y este fin resulta de aplicación también a las víctimas indirectas. El objetivo es proteger a quien ya ha visto lesionados sus derechos, directamente sobre su persona o indirectamente sobre un familiar que ya no se encuentra presente, de sufrir de nuevo los perjuicios derivados del proceso penal en su sentido más amplio, tanto procesales como extraprocesales.

Para concluir debe señalarse que, el concepto de víctima, como tal, aparece por primera vez recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 2 del presente Estatuto. Y es que, hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2015 se utilizaban los conceptos de "ofendido" y "perjudicado", que pueden definirse en base al Auto del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 1998 en los siguientes términos:

> *"la doctrina científica penal distingue entre ambos conceptos, y así, se considera que por ofendido sólo cabe entender al titular del bien o interés tutelado por la norma penal transgredida o sujeto pasivo del delito, en tanto que el perjudicado es quien sufre en su esfera patrimonial los efectos nocivos de la acción delictiva, convirtiéndose en titular de la acción civil de resarcimiento. En la mayoría de los supuestos concurren ambas circunstancias legitimadoras en la misma persona, pero también puede suceder que el ofendido y el perjudicado sean personas distintas".*

Los derechos básicos que se reconocen en el Estatuto de la Victima son fundamentalmente:

- Derecho a la información.
- Derecho a la protección
- Derecho a acceder a los recursos sociales de protección.

Con carácter general, existen una serie de derechos pre procesales materializados en los artículos 4 y 5 del Estatuto. Se trata de previsiones que regulan aspectos que deben tenerse en cuenta desde el primer contacto de la víctima con las autoridades, policiales o judiciales. Estos dos artículos contienen los fundamentos del derecho a la información que asiste a la víctima a lo largo de todo el proceso penal e incluso una vez finalizado éste, en la fase de ejecución, pues el derecho de toda víctima a recibir "sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos" recogido en el artículo 5, materializa el deber de las autoridades y funcionarios de comunicar todos los derechos jurídicos, sociales y, en definitiva, de acceso a los recursos, que asiste a las víctimas. Y asi se postula el verdadero acceso a la justicia como una primera línea de defensa de los derechos humanos, asegurando con ello a la víctima, el conocimiento del iter seguido por la causa penal[4].

Resulta de especial importancia, con relación a la aplicación de otros preceptos, el artículo 5.1.m, que regula el derecho de la víctima a solicitar que se le notifiquen todas las resoluciones de cada fase de la causa penal para, de este modo, estar informada de cómo se desarrolla el procedimiento aún sin formar parte activa del mismo, y así poder realizar las actuaciones que en consecuencia considere oportunas.

El artículo 11 del Estatuto reconoce el derecho de toda víctima a ejercer la acción penal y la acción civil según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este

[4] GALLEGO SÁNCHEZ, G. Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, su participación en el proceso penal en Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2. Septiembre 2014, p. 25.

derecho es ejercido propiamente a través de la presentación de la querella que añade, a la puesta en conocimiento de un delito a las autoridades a través de la denuncia, la voluntad del sujeto de constituirse como parte en el proceso.

Proporcionada la información correspondiente al ejercicio de los derechos de la víctima en el proceso, ésta última pasa a desarrollar una actuación como parte activa en el proceso penal pudiéndose personar como acusación particular, a través de las diferentes fases que lo componen. Su intervención se centra en la fase de instrucción; una fase dirigida por el Juez de Instrucción en la que se desarrollan una serie de diligencias encaminadas a la comprobación del hecho punible y la determinación sobre la procedibilidad o improcedibilidad de la apertura de causa penal, así como a determinar las circunstancias relativas a la agravación, atenuación o justificación del delito, y la autoría y grado de participación del sujeto o sujetos vinculados objetiva o subjetivamente con el hecho[5].

Hay que distinguir entre los derechos que asisten a la víctima que se ha personado en el procedimiento y a la que ha decidido no mostrarse parte en el mismo y cabe señalar que el Juez de Instrucción, que conoce del proceso, puede acordar derivar el mismo a mediación penal, que aparece prevista en el artículo 15. Para que sea posible acudir a estos servicios de justicia restaurativa, deben cumplirse una serie de requisitos y contar con el consentimiento de víctima e infractor.

Por ultimo indicar que, la protección de la víctima, ocupa un papel relevante en el marco de las directrices establecidas por el Estatuto, pero no debe entenderse que por ello se está hablando de una cuestión independiente del resto de derechos reconocidos a la víctima en cada fase del procedimiento. El artículo 13 LECrim señala como una de las primeras diligencias a practicar tras la comisión de un delito *"la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares"* contenidas en el art. 544.bis o la orden de protección del art. 544.ter de la LECrim., previsiones estas sólo aplicables para algunos delitos concretos. Esta obligación se extiende a lo largo de todo el proceso, en general para evitarle a la víctima posibles represalias o nuevos ataques por parte de su victimario[6], y es por ello que, ya en el primer contacto de la víctima con las autoridades,

[5] BARRIOS GONZÁLEZ, B. La instrucción sumarial. Recuperado de: https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/09/la-instruccic3b3n-sumarial.pdf

[6] MARTÍN RÍOS, P.: Víctima y justicia penal: Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal. Atelier, Barcelona, 2012, p. 297.

en una fase pre procesal, se le informa de las medidas de asistencia y apoyo que se encuentran a su alcance, así como de la posibilidad de solicitar medidas de protección, que con carácter general, vienen recogidas en el artículo 19 del Estatuto, al reconocer el derecho de las víctimas a la protección, no sólo desde el punto de vista de la integridad física, sino también en lo que atañe a su derecho a la intimidad y, más destacablemente, en su derecho a la dignidad que han visto vulnerada al sufrir el delito y asi, la víctima es considerada por la doctrina y la jurisprudencia como testigo "atípico", aunque privilegiado, de los hechos padecidos. Otra de las cuestiones fundamentales introducidas es que la víctima podrá estar acompañada por una persona de su elección, aparte de su abogado y de su representante legal, en su caso, durante su declaración y en todas aquellas otras diligencias en las que deba intervenir ante las autoridades, pues tal como señala la Exposición de Motivos del Estatuto, se trata de que la víctima "se encuentre arropada desde el punto de vista personal", algo que hasta ahora no se había considerado.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA JUSTICIA RESTAURATIVA: MEDIACIÓN PENAL

La mediación penal tiene una tímida y muy reciente regulación en nuestro ordenamiento y en el marco del Derecho penal nos obliga a referirnos en primer lugar a la mediación en la legislación penal juvenil española. Y es que, en este ámbito, se preveía la mediación penal desde mucho antes de incorporarse al Derecho penal de adultos, pues es en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento ante los juzgados de menores, donde se contenía ya manifestaciones del principio de oportunidad que dirigían hacia la posibilidad y conveniencia de que víctima e infractor alcanzasen un acuerdo para la resolución del conflicto surgido entre ambos. Sin embargo, en la legislación penal para adultos seguía sin recogerse ninguna referencia a la mediación penal, a pesar de las múltiples recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa para impulsar y promover la mediación en asuntos penales. Hasta el año 2015, la única mención que existía a la mediación penal era en forma negativa, puesto que el artículo 87.ter.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, prohíbe su aplicación en los casos de violencia de género en la legislación penal, mientras que la mediación civil y mercantil fue adquiriendo mayor fuerza y fue regulada por la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles,

cuyo artículo 2.2.a excluye explícitamente de su ámbito de aplicación la mediación penal. No fue hasta el año 2015 cuando nuestra legislación penal general introdujo propiamente la posibilidad de acudir a mediación para solucionar los conflictos penales.

- En primer lugar, se aprobó la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal en el artículo 84.1.1ª CP en el que se recoge expresamente como causa para suspensión de la ejecución de la pena "el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación".
- En segundo lugar, la Ley 4/2015, del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito reguló el derecho de las víctimas al acceso a los servicios de justicia restaurativa en su artículo 15, referidos principalmente a la mediación penal.

Asi pues, con la conciliación autor-víctima se caracterizan los esfuerzos por resolver los problemas, cargas y conflictos existentes entre los infractores y los perjudicados tras un hecho delictivo. Las ventajas de este sistema, como de cualquier otro que suponga una finalización anticipada del proceso penal o evitación, si ello es posible, de su inicio, viene determinadas por el hecho de que puede reducirse sensiblemente el número de causas criminales, descargando de modo relevante a la administración de justicia penal. Tiene, por otro lado, una ventaja de no poco interés: la víctima encuentra una solución al problema que le ha causado el delito sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular además de tener efectos psicologistas y de posible trasgresión al principio constitucional de inocencia y de la falta de un sometimiento voluntario del supuesto autor del delito.

Con todo ello se concluye que, la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico se configura y desarrolla en el modelo de Justicia restaurativa, y asi:

a) El delito ya no se trata como una infracción de la norma penal, aunque tenga respectivamente tanto un contenido formal de contraposición a la norma como material de afección a un bien jurídico protegido, sino como un conflicto social en el que se cruzan intereses mucho más diversos dentro de un proceso dinámico en el marco de un sistema global.

b) La responsabilidad ya no es tratada como un juicio individual del comportamiento humano del responsable de un delito, sino como una parte de un conjunto de circunstancias del medio social en el que los roles y los niveles de intervención

son esenciales, es decir ya no es exclusivamente un acto personal, sino que está sometido a numerosas interrelaciones sociales.

c) Los protagonistas ya no son el agresor y el poder punitivo estatal, sino el agresor (victimario) y la víctima, lo que no significa dejar a ambos que acuerden la respuesta punitiva al delito cometido como un negocio particular, sino darles protagonismo para resolver el conflicto surgido con la infracción, ya que de lo contrario el poder punitivo castigará el delito, pero no resolverá el conflicto latente que esconde toda conducta delictiva que enfrenta a un agresor y a una víctima.

d) Se abandona el sistema adversarial tradicional y se opta por un sistema de dialogo conducido por un mediador que debe promover la comunicación entre las partes, ya que no se trata de una solución unilateral impuesta por el aparato jurisdiccional estatal, sino de una solución dialogada entre las partes dirigidas por un mediador imparcial.

e) El control del procedimiento no reside sólo en el poder judicial, sino también en toda la comunidad en general, ya que la mediación mantiene el papel de ser un medio de pacificación social general, no sólo del conflicto entre las partes afectadas, por eso muchos modelos de Justicia Restaurativa permiten la intervención de otros miembros de la comunidad como los círculos o conferencias.

f) La finalidad del sistema no es tanto la persecución y castigo de delitos sino la resolución de conflictos a través de la asunción de responsabilidades y la reparación del daño, ya que ante la ineficacia de la Justicia tradicional para satisfacer a las partes y evitar futuros conflictos, la mediación actúa para resolver el origen y causas del conflicto y evitar que se vuelva a producir.

VI. CONCLUSIONES

La victima en nuestro ordenamiento jurídico durante décadas había quedado relegada a un segundo plano al centrase el sistema punitivo en el delincuente, aludiéndose a ella como la "gran olvidada" del Derecho Penal. La regulación en nuestro sistema penal, ha sufrido importantes cambios con la aprobación de las nuevas normas destinadas a dar protección a la víctima de los delitos, lo que ha supuesto un gran avance para la verdadera protección. Si bien es cierto que la entrada en vigor de la

Ley 4/2015 y del Real Decreto por el que se desarrollan algunos aspectos es relativamente reciente, los cambios que ha implicado en otras normas preexistentes y su plasmación desde un punto de vista práctico están alcanzando ya importantes resultados que previsiblemente se incrementarán en los próximos años.

A pesar de que el Estatuto de la Víctima del Delito no suponga una modificación radical de nuestro ordenamiento jurídico penal, sí puede afirmarse que ha venido a materializar las respuestas a unas necesidades que la doctrina y los órganos comunitarios llevaban tiempo poniendo de relieve. Y en virtud de la nueva regulación, con independencia del papel que la víctima decida adoptar dentro del procedimiento, su condición y sus derechos no se verán afectados gracias a los reconocimientos y previsiones que realiza el Estatuto, pues ahora, la víctima es verdadera protagonista del proceso, una persona que es merecedora de una especial atención por las instituciones y órganos judiciales y que, sobre todo, debe ser protegida en los momentos que siguen a esa situación de vulnerabilidad que ha sufrido. Por ello, debe concluirse que, la inserción de previsiones procesales y extraprocesales han tenido como único objetivo, facilitar y mejorar la posición de la víctima, por ser el elemento principal del delito que se juzga, siendo este el objetivo último del Estatuto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BARRIOS GONZÁLEZ, B. La instrucción sumarial. Recuperado de: https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/09/la-instruccic3b3n-sumarial.pdf.

GALLEGO SÁNCHEZ, G. Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, su participación en el proceso penal, en Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2. Septiembre 2014.

GARCÍA DE PABLOS A., Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores. Cuadernos de Derecho Judicial nº 15 Madrid 1996.

DRAPIN, I. El derecho de las víctimas, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Madrid 1974.

MARTÍN RÍOS, P. Víctima y justicia penal*:* Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal. Atelier, Barcelona, 2012.

PEDRAZ PANALVA, E. Derecho procesal penal T.1 (Principios de Derecho procesal penal) Ed Civitas Madrid 2000.

RUÍZ VADILLO, E. Valor de las diligencias practicadas por la policía judicial en el proceso penal, Eguzkilore. Revista del Instituto Vasco de criminología, 1999, nº 13 extraordinario.

* * * * * *

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

Alfonso Allué Fuentes

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Socio de la FICP.

~El tratamiento penal de los delincuentes con trastorno de personalidad~

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento concedido en el Derecho penal y en la dimensión penitenciaria a los condenados a penas privativas de libertad afectados por trastornos de la personalidad adolece de unas carencias que no son comparables con el cumplimiento de las penas de prisión impuestas a quienes no padecen aquellas patologías. Una vez enmarcado el ámbito de naturaleza puramente clínica para el diagnóstico de dichas afecciones, junto con los diferentes tratamientos para su más correcto abordaje, tanto farmacológico como psicoterapéutico, conviene analizar la situación desde el conocimiento del recorrido jurisprudencial relacionado con estas enfermedades – a los efectos de apreciar una exención o una atenuación de la responsabilidad criminal - y de las dificultades de aplicación material de los diferentes medios disponibles, para comprender cómo se relaciona el Derecho penal con las necesidades de tratamiento que surgen cuando el delincuente no controla total o parcialmente sus capacidades psíquicas.

II. DESCRIPCIÓN DE LOS TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD

1. En una primera aproximación se puede considerar como trastornos de la personalidad un conjunto de perturbaciones o de anormalidades que afectan a los ámbitos emocional, afectivo, motivacional y de relación social, generando en las personas que los padecen unas limitaciones mayores que las producidas por los trastornos neuróticos. Estas irregularidades parten de una anómala respuesta al estrés y

permanecen con estabilidad temporal, excediendo de un mero conjunto de síntomas que obedecen a una determinada situación[1].

Es necesario diferenciar, a efectos conceptuales, entre la neurosis y los trastornos de la personalidad. En la neurosis los síntomas son autoplásticos, es decir, repercuten en perjuicio y sufrimiento del neurótico, mientras que en los trastornos de la personalidad son aloplásticos, repercuten en los demás y son aceptados por la persona, que se encuentra bien en su situación y no percibe un sufrimiento emocional que deba aprender a evitar porque lo considera sin referencia a sí misma y como algo propio de su manera de ser y de comportarse. Otro elemento diferenciador consiste en que en la patología neurótica se da una lucha contra los propios impulsos inaceptables, mientras que la patología de la personalidad se desenvuelve en un contexto de relación entre personas a las que el afectado considera insoportables, lo que complica su tratamiento[2].

2. Acerca de esta cuestión es fácil incurrir en una confusión terminológica como consecuencia de la diversidad de conceptos y de clasificaciones existentes, lo que también deriva sus efectos hacia las implicaciones forenses que en su caso se vean concernidas. Para evitar estas disparidades indeseables se han elaborado dos criterios de referencia a nivel internacional para lograr la unificación de los diagnósticos: el CIE-10 y el DSM-V[3]. De conformidad con este último, un trastorno de la personalidad consiste en "un patrón permanente e inflexible de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de la expectativas de la cultura del sujeto", caracterizándose por si inicio en la adolescencia o en el principio de la edad adulta y su estabilización en el tiempo, comportando malestar o perjuicios para la persona. Ciñéndonos al DSM-V, los trastornos de la personalidad se pueden reunir en tres grupos atendiendo a las características de cada uno:

- Grupo A, referido a personas extrañas o excéntricas que padecen trastornos paranoides, esquizoides y esquizotípicos.
- Grupo B, formado por personas con propensión al dramatismo y con conductas erráticas, presentando trastornos histriónicos, narcisistas, antisociales y límites.

[1] GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., Psicopatía y medidas de seguridad, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2014, pp. 131-132.

[2] GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., loc. cit, p. 132.

[3] El CIE-10, publicado por la Organización Mundial de la Salud, clasifica los trastornos mentales y del comportamiento, al igual que hace el DSM-V que publica la Asociación Americana de Psiquiatría. Ambos gozan de un amplio consenso entre psiquiatras, diferenciándose en que el DSM-V sólo se refiere a las enfermedades mentales en tanto que el CIE-10, además, efectúa su valoración.

– Grupo C, que abarca a personas con tendencias ansiosas y temerosas con trastornos por evitación, por dependencia y obsesivo-compulsivos.

III. TRATAMIENTOS APLICABLES A LOS TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD

1. Para lograr unos objetivos terapéuticos mínimos se ha destacado la importancia de acudir al suministro de psicofármacos como apoyo para la terapia psicológica. Así, dependiendo del grupo en que se haya clasificado al sujeto en función del trastorno que sufre será más adecuada una u otra medicación relacionada con los problemas asociados a los trastornos de la personalidad (como los síntomas psicóticos, la depresión o la ansiedad). A título meramente informativo, en pacientes con trastornos del grupo A son eficaces la pimozina, la mesorizadina, el haroperidol y la fluoxetina; si se trata de pacientes del grupo B se administra trifluoperzina, clozapina y valproato; los trastornos del grupo C se tratan con fenelzina, fluoxetina y clonacepam[4].

2. En el ámbito de las terapias psicológicas se trata de alcanzar la regulación de los pensamientos y las emociones del sujeto con la ayuda de un profesional competente. Para ello se acude principalmente a tres tipos de terapias:

a) Psicoterapia psicodinámica, en la que se tiene en cuenta que ciertos patrones de comportamiento en la edad adulta tienen su origen en experiencias negativas de la primera infancia, por lo que conviene explorar las distorsiones que afectan al pensamiento y a las creencias para entender cómo aparecieron y poder así superar su influencia.

b) Terapia cognitiva-conductual, basada en el hecho de que el modo de pensar en una situación determina también el modo de actuar en la misma, y, viceversa, la manera de actuar llega a afectar a lo que se piensa y se siente. Aquí la terapia consiste en modificar tanto la cognición (el acto de pensar) como el comportamiento, lo que permite abrir el camino de la dialéctica conductual, en la que se trabaja el control de la inestabilidad emocional para adquirir conductas positivas.

c) Terapia interpersonal, que parte de la premisa de que las relaciones interpersonales y con el entorno influyen en la salud mental, de suerte que el objetivo

[4] GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., Psicopatía..., Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2014, pp. 149-151.

del terapeuta es conocer los aspectos negativos de dichas relaciones para lograr su resolución[5].

3. Sin embargo, la realidad es que no existe ninguna terapia psicológica eficaz para los trastornos de la personalidad, si bien en el trastorno límite la terapia cognitiva-conductual y la de conducta clásica tienen suficientes avales para ser consideradas de "eficacia probable" en su tratamiento. Las demás terapias, tanto si se orientan a los trastornos de la personalidad en general como a los particulares de cada trastorno, sólo pueden considerarse experimentales[6].

4. El trastorno límite de la personalidad, en cuanto es el menos complicado de tratar, responde bien a la terapia de comportamiento dialéctico (la cognitiva-conductual), como demuestra el dato de que los participantes en la misma refieren un desarrollo más positivo de la introyección[7] y mejoras en la autoestima, con disminución de los autoataques, incluso en el período de seguimiento posterior al tiempo de tratamiento[8].

Respecto de los demás trastornos no se debe concluir que los tratamientos tengan que fracasar, toda vez que se han obtenido buenos resultados en pacientes de diferentes grupos. Por ejemplo, los pacientes del grupo C se recuperan más pronto y necesitan menos tiempo de tratamiento que los del grupo B, donde se sitúan los psicópatas; además, se incrementa la capacidad del sujeto para formar vínculos interpersonales que anuncian una predisposición positiva a la terapia y a la alianza con el terapeuta.

Por otra parte, existen factores que ayudan a la remisión de los síntomas como la duración del tratamiento, el diagnóstico, la gravedad del trastorno o el funcionamiento interpersonal y social, todo lo cual constituye una base para aplicar un tratamiento especializado que se pueda centrar en el trastorno de la personalidad propio de cada individuo[9]. En este sentido se ha dicho que la propia personalidad debería guiar la

[5] GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., loc. cit., p. 152.

[6] QUIROGA ROMERO, E. / ERRASTI PÉREZ, J.M., Tratamientos psicológicos eficaces para los trastornos de personalidad, Psicothema, Vol. XIII, núm. 3, 2001, pp. 393-406.

[7] El Diccionario de la RAE la define como "proceso inconsciente por el cual un sujeto incorpora actitudes, ideas, creencias, etc., de un individuo o grupo de individuos, previa identificación con ellos".

[8] BEDICS, J.D. et al., Las diferencias de tratamiento en la relación terapéutica e introyección durante un ensayo aleatorio controlado de dos años de la terapia conductual dialéctica contra expertos de psicoterapia no conductuales para el trastorno límite de la personalidad, Diario de Consultoría y Psicología Clínica, Vol. 80, 2012, pp. 66-77.

[9] PERRY, J.C. / BOND, M., Estudios empíricos sobre psicoterapia en los trastornos de personalidad, en Gunderson, J.G. / Gabbard, G.O. (Dir.), Psicoterapia de los trastornos de la personalidad, Barcelona, 2002, pp. 2-32.

terapia, combinando las diferentes terapias según el problema de personalidad y sus características que afecte al paciente, es decir, orientar el proceso de la terapia con las diversas técnicas al alcance de la Psicología en función de la personalidad trastornada, aunque sin dejar de tener en cuenta que el abordaje terapéutico puede complicarse a causa de factores como la edad del paciente, su grado de motivación, la cronicidad de su comportamiento o la gravedad de los delitos cometidos[10].

No obstante todo ello, es recomendable que el abordaje terapéutico de los trastornos de la personalidad se realice adoptando unas fases estandarizadas en los distintos niveles de asistencia, siendo aquéllas aplicables en las unidades y programas ambulatorios - si bien en función del modelo psicoterapéutico propuesto -, en la hospitalización parcial – sobre todo para pacientes del grupo B con trastornos graves, destinados a hospital de día – y en la hospitalización específica para trastornos de la personalidad graves. Una vez coordinados adecuadamente estos tres niveles se conseguiría el abordaje terapéutico de estos trastornos, que además pueden beneficiarse de la denominada "terapia de esquemas", una psicoterapia innovadora que integra diferentes elementos para obtener un enfoque unificado, sistemático y efectivo del tratamiento[11].

IV. IMPUTABILIDAD Y TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Una vez introducidos, siquiera sea someramente, en la dimensión clínica de los TP, conviene observar cuál ha sido la evolución de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo respecto del tratamiento judicial dispensado a los mismos en relación con la imputabilidad del sujeto[12].

a) En una primera etapa se vino negando que los trastornos de la personalidad fuesen enfermedades mentales, por lo que no merecían la aplicación de la eximente, completa ni incompleta, de enajenación mental (término caracterizador de dichas afecciones que estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995). Los psicópatas eran considerados sujetos normales, apreciándose a lo sumo que padecían trastornos de la afectividad que, sin embargo, no llegaban a perjudicar su raciocinio ni a

[10] STONE, M.H., Grados de antisocialidad y respuesta a las terapias psicosociales, en Gunderson, J.G. / Gabbard, G.O. (Dir.), Psicoterapia de los trastornos de la personalidad, Barcelona, 2002, pp. 65-94.

[11] GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., Psicopatía..., Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2014, pp. 156-157.

[12] CANEO, C., Trastornos de personalidad e imputabilidad, Revista Gaceta de Psiquiatría Universitaria, Vol. I, núm. 8, pp. 90-99.

su libertad de decisión, lo que permitía en tales casos apreciar una atenuante analógica[13].

b) Posteriormente, tras la publicación de la novena revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE-9) se acepto la psicopatía como enfermedad mental, lo que motivó un importante giro jurisprudencial gracias al cual se concluyó, basándose en el CIE-9, que el psicópata es un enfermo mental (STS de 29 de febrero de 1988), debiendo notarse que aún el Tribunal Supremo utilizaba de forma indistinta los términos "trastornos de la personalidad" y "psicopatía"[14].

c) Cuando el Código Penal de 1995 sustituye el término "enajenación mental" por el de "anomalía o alteración psíquica" en su art. 20.1º, la Sala Segunda pasa a reconocer que el trastorno de la personalidad, aunque para algunos no sea una enfermedad mental, sí es una anomalía psíquica a los efectos de la exención completa o incompleta de la responsabilidad criminal, como afirma la STS de 18 de abril de 2006[15].

2. La STS 5100/2013, de 7 de octubre, resulta ilustrativa para explicar la posición de la Sala Segunda en orden a apreciar la eximente o la atenuante analógica de anomalía psíquica. En el caso enjuiciado la recurrente combatía la atenuante analógica que había apreciado la sentencia de instancia en el entendimiento de que la acusada, aun padeciendo un trastorno psicótico crónico con ideas delirantes y de tipo depresivo, no se encontraba descompensada en el momento de la comisión del hecho, por lo que no tenía gravemente disminuida su capacidad cognitiva y volitiva; por tanto, la cuestión a dilucidar versaba sobre si dicho trastorno era suficiente para aplicar, como se hizo, la atenuante analógica y por tanto la pena en su porción mínima.

Acerca de esta cuestión el Tribunal Supremo interpreta que en los supuestos de presencia de un trastorno psicótico en el sujeto activo habrá de ponderarse en el caso concreto si la afección ha resultado relevante para determinar la desestabilización del autor del hecho en el momento de su realización, en función de si a efectos de valorar su imputabilidad el sujeto se encontraba o no bajo los efectos de un brote psicótico. Si en esos instantes lo padecía, procede estimar una eximente completa o incompleta de la

[13] Véanse las SSTS de 14 de febrero de 1956, 23 de mayo de 1957, 10 de junio de 1970, 11 de octubre de 1987 y 10 de mayo de 1988.

[14] En la STS 535/2006, de 3 de mayo, se recoge que la psiquiatría actual ya ha sustituido la expresión psicopatía por la de trastornos de la personalidad, los cuales son deficiencias psicológicas que, sin llegar a la psicosis, afectan a la organización y cohesión de la personalidad y al equilibrio emocional y volitivo.

[15] La sentencia va incluso más allá y declara que "las psicopatías no tienen análoga significación a las anomalías psíquicas, sino que literalmente lo son".

responsabilidad, en tanto que si no se hallaba bajo sus efectos – no obstante padecer el trastorno –, y sin acreditación de una merma considerable de su capacidad de autocontrol, se constituiría una atenuación analógica de carácter simple, por cuanto concurre el elemento psicológico normativo de la atenuante (tal sucede cuando la persona actúa en una fase de su enfermedad psicótica no descompensada o desestabilizada, pero influida por el residuo biopatológico que deja aquélla, aunque sin merma sustancial de sus facultades psíquicas).

Respecto de la eximente completa la jurisprudencia la aplica muy restrictivamente, limitándola a la presencia de trastornos que aparecen combinados con otros factores, como el consumo de alcohol o de drogas, lo cual desemboca en una alteración de los frenos inhibitorios con pérdida de la capacidad volitiva, en cuanto elemento exigido por el Código penal para la aplicación de la eximente[16].

V. ÁMBITOS PARA EL TRATAMIENTO Y DIFICULTADES

1. Una vez reconocida la concurrencia de la eximente completa o incompleta de anomalía o alteración psíquica se aplica la correspondiente medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico, siempre con un contenido terapéutico, cuya introducción permite el reconocimiento de un avance en la atención psicoterapéutica y rehabilitadora de quienes padecen trastornos psíquicos, si bien no faltan posiciones doctrinales que muestran su pesimismo acerca de la eficacia de estos tratamientos sobre la base de estas personas ni tienen conciencia de enfermedad ni consideran que necesiten ayuda terapéutica, lo que hace previsible un escaso éxito terapéutico. A ello debe añadirse la ausencia de programas específicos de tratamiento de los trastornos de la personalidad en los centros penitenciarios españoles, factor al que coadyuva la ya mencionada confusión terminológica que abarca todos los cuadros de trastornos con el término "psicopatía".

Fuera del ámbito penitenciario sí existen programas de tratamiento específicos. Lo que sucede es que el Código penal sólo menciona el internamiento en un centro psiquiátrico, sin concretar su naturaleza: un hospital, otro establecimiento de salud comunitario o un centro psiquiátrico penitenciario. Así se desprende de la Ley Orgánica General Penitenciaria cuando habla de establecimientos especiales y de centros psiquiátricos (arts. 7.c y 11.b), así como del Reglamento Penitenciario al contemplar el

[16] GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., Psicopatía..., Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2014, pp. 138-139.

ingreso en establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias (art. 184.b) a efectos de cumplimiento de la resolución judicial. Y parecidamente se pronuncia el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, cuyo art. 21 habilita a la Administración Penitenciaria para la ejecución de las medidas de seguridad de internamiento en establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria, concediendo en su art. 20 que pueda llevarse a cabo en centros adecuados, públicos o concertados.

El tratamiento podría recibirse en hospitales o establecimientos de salud comunitarios, con preferencia sobre los específicamente penitenciarios[17], si existieran los oportunos convenios con la Administración Penitenciaria, pero no se han celebrado, dificultad que viene a su vez incrementada por el hecho de que en tales centros se permite el ingreso únicamente de sujetos que no tengan cargas legales ni presenten una patología dual, es decir, a aquellos cuyo trastorno de la personalidad no está asociado al abuso y la dependencia de sustancias tóxicas. Ahora bien, la realidad de estas limitaciones y la falta de inversión en recursos materiales y humanos no es incompatible con la consideración de que los afectados por un trastorno de la personalidad experimentan mejoras importantes cuando reciben tratamientos específicos, puesto que son trastornos tratables y adaptables[18].

2. Desde el punto de vista de la práctica en los tribunales es recomendable que la pericia psicológica sea más descriptiva y funcional que categórica, toda vez que al órgano judicial le interesa conocer la realidad psíquica del sujeto, especialmente en el acto del juicio oral, para formarse adecuadamente un criterio de imputabilidad. Sin embargo esta necesidad colisiona con alguna práctica forense que juzga los trastornos de la personalidad no como enfermedades, sino como maneras de ser, sin perjuicio de que desde la publicación del CIE-9 y del DSM-III-R se acepta la dificultad que presentan estas personas para acomodar su comportamiento a la norma penal (y a otras) a pesar de los inconvenientes que ello les ocasiona, a lo que se suma la detección de un pronóstico desfavorable para el tratamiento y la reinserción social cuando existe un trastorno de la personalidad. Ello no obsta para tomar en cuenta que los tratamientos más destacables son los de carácter médico o psicológico-psiquiátrico, que sin embargo no han sido tenidos en consideración en las penas privativas de libertad ni en las

[17] Éste fue uno de los criterios adoptados en la XII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 2003.

[18] GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., Psicopatía…, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2014, pp. 145-148.

medidas de seguridad. El ámbito penal no responde eficazmente al problema, por cuanto si el delito se comete a causa de un trastorno mental, o éste favorece el riesgo de reincidencia, no resulta útil disminuir la intensidad de la pena si no se acompaña este efecto con alguna medida terapéutica[19].

3. Se hace preciso elaborar un cambio de estrategia, libre de prejuicios sociales, desde el establecimiento de un diagnóstico adecuado y la fijación de unos objetivos realistas, ante el hecho de que es pequeño el número de unidades y programas específicos de tratamiento de los trastornos de la personalidad, sobre todo si se atiende al dato, ya apuntado, de la restricción del acceso a los mismos limitándolo a pacientes sin obstáculos legales ni patologías duales. Fuera de estos casos, los tratamientos especializados quedan reducidos a un abordaje psicoterapéutico y farmacológico bien en un centro de salud no concreto para los trastornos de la personalidad, bien en grupos de terapia cuyos participantes tienen afecciones heterogéneas[20].

En relación con ello, en España existen muy pocas unidades psiquiátricas penitenciarias. Tan sólo se cuenta con la Unidad de Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria de Brians I, en Cataluña (cuyo Estatuto de Autonomía confiere a la Generalitat la competencia para la ejecución de la legislación penitenciaria) y con otros dos hospitales de idéntica naturaleza en Sevilla y Alicante, con la limitación de que este último solamente admite a mujeres[21]. Además, las plazas a ocupar son limitadas y no todas las personas a quienes se ha impuesto una medida de seguridad pueden recibir allí sus tratamientos[22].

4. No deja de ser un problema controvertido el de la existencia o no de hospitales psiquiátricos penitenciarios destinados a individuos que, tras la comisión de delitos graves, son condenados a privación de libertad aunque no se les considere responsables o lo sean parcialmente. Ya han desaparecido las anteriores figuras del hospital penitenciario psiquiátrico, que estaba dirigido por funcionarios no médicos y con escasa dotación sanitaria, y la del centro específico para psicópatas, originador de frecuentes

[19] GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., loc. cit., p. 158.

[20] RUBIO LARROSA, V. et al., Unidades y programas específicos de tratamiento, en Roca Bennasar, M. (Coord.), Trastornos de la personalidad, Barcelona, 2004, pp. 811-848.

[21] GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., Psicopatía…, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2014, p. 160.

[22] Así lo llegó a manifestar Mercedes Gallizo como Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, revelando el alto número de ingresos inadecuados en dichos centros y el hecho de que las Comunidades Autónomas son resistentes a la derivación de estos internos a sus recursos asistenciales.

Disponible en http://europapress.es/salud/noticia-hospitales-psiquiatricos-penitenciarios-estan sobreocupados-alto-numero-ingresos-inadecudos-20110524103356.html

problemas y motines que los funcionarios no podían controlar. La ausencia de estos lugares ha sido paliada con la construcción de los actuales centros penitenciarios psiquiátricos, cuya falta de capacidad numérica ya se ha referido y que están situados en zonas geográficas tan delimitadas que no es posible respetar el criterio de cumplimiento lo más cerca posible de la familia o de la residencia habitual, lo que unido a la falta de recursos evidencia una defectuosa coordinación entre el sistema judicial y el penitenciario[23].

VI. CONCLUSIONES

De todas las reflexiones que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1ª. Los trastornos de la personalidad constituyen una respuesta anómala al estrés y permanecen estables en el tiempo, no debiendo ser reducidos a un conjunto de síntomas que sólo aparecen en situaciones ocasionales. Sus variadas denominaciones han dado lugar a confusiones terminológicas que han logrado ser superadas mediante criterios clasificatorios de amplio consenso internacional, principalmente a través del CIE y del DSM en sus diferentes ediciones.

2ª. Los psicofármacos se han revelado como un buen apoyo para el tratamiento de los trastornos de la personalidad junto con las diversas terapias psicológicas que aspiran a regular los pensamientos y las emociones del sujeto. Sin embargo, la aplicación práctica de dichas terapias revela que tienen una eficacia "probable" en los trastornos de la personalidad límites, quedando como experimentales respecto de los demás trastornos, lo que no significa que su aplicación esté llamada a fracasar.

3ª. Es deseable que la terapia sea guiada por la personalidad combinando las diferentes técnicas disponibles, mejorando así el abordaje terapéutico en los sucesivos niveles de asistencia.

4ª. En materia de imputabilidad y trastornos de la personalidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde la negación de su naturaleza patológica hasta su consideración como enfermedades mentales. La Sala Segunda entiende que la aplicación de una eximente, completa o incompleta, de anomalía o alteración psíquica está en función del grado de disminución de la capacidad cognitiva y

[23] CÁCERES GARCÍA, J.M., El juez de vigilancia penitenciaria y las medidas de seguridad: del fraude a la crueldad innecesaria.
Disponible en http:/derechopenitenciario.com/fichero.asp?id=2757

volitiva, en tanto que se recurrirá a la atenuante analógica cuando la conducta haya derivado del residuo patológico dejado por el trastorno de la personalidad pero sin merma sustancial de las facultades psíquicas.

5ª. La eximente incompleta requiere para la jurisprudencia una mayor exigencia para su apreciación, debiendo aparecer el trastorno de la personalidad asociado a otros factores, como el consumo de alcohol o de drogas, para justificar alteración de los frenos inhibitorios con pérdida de la capacidad volitiva.

6ª. En los centros penitenciarios españoles se advierte una falta programas específicos de tratamiento de los trastornos de la personalidad, los cuales sí reciben atención en el ámbito extrapenitenciario. La normativa penitenciaria no especifica la naturaleza que deben tener los centros psiquiátricos para la ejecución de las medidas de seguridad de internamiento, pudiendo interpretarse que a tal efecto resultan eficaces un hospital, otro establecimiento de salud comunitario o un centro psiquiátrico penitenciario, e incluso más abiertamente centros adecuados, públicos o concertados. En cualquier caso conviene que prevalezcan los hospitales o establecimientos de salud comunitarios, con preferencia sobre los específicamente penitenciarios.

BIBLIOGRAFÍA

BEDICS, J.D. ET AL., Las diferencias de tratamiento en la relación terapéutica e introyección durante un ensayo aleatorio controlado de dos años de la terapia conductual dialéctica contra expertos de psicoterapia no conductuales para el trastorno límite de la personalidad, Diario de Consultoría y Psicología Clínica, Vol. 80, 2012.

CÁCERES GARCÍA, J.M., El juez de vigilancia penitenciaria y las medidas de seguridad: del fraude a la crueldad innecesaria. Disponible en http:/derechopenitenciario.com/fichero.asp?id=2757

CANEO, C., Trastornos de personalidad e imputabilidad, Revista Gaceta de Psiquiatría Universitaria, Vol. I, núm. 8.

GONZÁLEZ COLLANTES, T. / SÁNCHEZ VILANOVA, M., Psicopatía y medidas de seguridad, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2014.

PERRY, J.C. / BOND, M., Estudios empíricos sobre psicoterapia en los trastornos de personalidad, en Gunderson, J.G. / Gabbard, G.O. (Dir.), Psicoterapia de los trastornos de la personalidad, Barcelona, 2002.

QUIROGA ROMERO, E. / ERRASTI PÉREZ, J.M., Tratamientos psicológicos eficaces para los trastornos de personalidad, Psicothema, Vol. XIII, núm. 3, 2001.

RUBIO LARROSA, V. et al., Unidades y programas específicos de tratamiento, en Roca Bennasar, M. (Coord.), Trastornos de la personalidad, Barcelona, 2004.

STONE, M.H., Grados de antisocialidad y respuesta a las terapias psicosociales, en Gunderson, J.G. / Gabbard, g.o. (Dir.), Psicoterapia de los trastornos de la personalidad, Barcelona, 2002.

* * * * * *

M.ª Ángeles Alonso Benito

Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Segovia. Socia de la FICP.

~Falsificación en documento, prueba pericial caligráfica~

I. INTRODUCCIÓN

A propósito de la falsedad en documentos privados, conviene su definición o contextualización. Qué es la falsedad desde el tipo penal viene reflejado en la Ley Orgánica 10/1995, en el Titulo XVIII, en su Sección 2ª y su Capítulo II de las falsedades documentales, tipificado en su art. 395:

> *El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390.*
>
> 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
>
> 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
>
> 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Centrémonos ahora en el concepto jurídico del que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio, o a sabiendas de su falsedad lo presentare para perjudicar a otro: conducta antijurídica que se encuentra tipificada en el art. 393 C.P (fraude procesal), que se intenta en un proceso para impedir la recta labor de administrar justicia, como fundamento de la función jurisdiccional atribuida al Juez predeterminado por la Ley.

Abierto un procedimiento penal, todas las actuaciones que se desarrollen en éste, ya sea en instrucción o en procedimiento abreviado o sumarial, irán encaminadas para averiguar y hacer constar la posible perpetración del delito en orden a su calificación jurídica, y delimitar la autoría y las responsabilidades penales y civiles que correspondan.

Abierta la instrucción, se deberán aportar al proceso pruebas de esclarecimiento del delito investigado, y una de éstas de las que se puede servir el tribunal, es el Informe

Pericial, determinado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art.456 y ss. En relación y concordancia con el art. 336 de la LECrim.

Así, el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos. Informe pericial, calígrafo, que podrá consistir en el estudio de firmas, texto o documentos cuando fuere necesario para el esclarecimiento de lo expuesto.

II. PRUEBA PERICIAL Y PERICIAL CALIGRÁFICA

1. Breve reseña histórica, de la realización pericial, en tiempos pretéritos, muy anteriores a nuestra legislación vigente. Siendo los maestros los que informaban como peritos calígrafos

El año 1729 se creará el Cuerpo de Revisores de firmas y letras antiguas (firmas y papeles sospechosos), suprimido por el consejo de Castilla un siglo después, concretamente el año 1844 a partir del cual los maestros podrán acudir ante los Tribunales como Peritos Calígrafos siempre que en la localidad no haya Archiveros-Bibliotecarios y cumplan los siguientes requisitos:

a) Ser profesores de instrucción primaria superior.

b) Tener más de 25 años de edad.

c) Acreditar buena conducta.

El requisito de ser Profesores de Instrucción Primaria Superior se amplió poco después a los Maestros de Enseñanza Primaria –Instrucción Primaria Elemental-, con la condición del deber de examinarse ante un Tribunal compuesto por tres Revisores nombrados por el Gobierno Civil que a su vez serían suprimidos el 17 de Julio de 1855, por tanto los Maestros continuarán interviniendo como Peritos con arreglo a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que entraría en vigor el año 1882.

Será en 1887, por Real Orden de 24 de marzo, cuando se establece la diferencia entre el trabajo del perito calígrafo y el del archivero, pues mientras la ocupación del segundo es la escritura de siglos pasados, la del perito es dictaminar sobre documentos contemporáneos, continuándose su práctica a partir de 1917 y a los largo de buena parte del siglo XX.[1]

[1] COTARELO MARI, E.. Diccionario biográfico y bibliográfico de Calígrafos españoles.

2. Dictamen pericial en el ámbito procesal.

El dictamen pericial en el ámbito penal, se encuentra regulado en los artículos 456 al 473 de la LECrim. Actuación ante el Tribunal, pudiendo ostentar título oficial o no. Similar contextualización en la LEC en su llamamiento al profesional calígrafo.

Ya desde este primer momento, constatar, que la actuación profesional de perito calígrafo no se encuentra reglada, ni es posible obtener un grado en esta especialidad técnica, no hay expertos titulados, ni el ámbito privado, ni el ámbito del servicio de Grafística de cada fuerza o cuerpo de seguridad del Estado. La formación, de los buenos peritos, se realiza de la misma manera a través de cursos, máster de formación, que habilitan para la emisión de Informes y/o Dictámenes.

La propia regulación de la ley de Enjuiciamiento criminal adolece de una deficiente previsión en cuanto a la introducción de la prueba documental, indicándose como uno de los medios de prueba, siendo la documental una más para su práctica, ya sea en instrucción o su aportación al procedimiento abreviado u ordinario en su enjuiciamiento, sin añadir mucho más en dicha regulación. Así, se establece en el art. 4 de la LEC, que en defecto de disposiciones, en la Ley de Enjuiciamiento criminal, se convertirá dicha ley procesal civil en supletoria de éstas, el no regulado.

Encontrándonos que se regula, de manera muy concisa, sin más la prueba documental y la inspección ocular en el art. 726 de la LECrim, y la proposición de prueba que queda introducido en el art. 728, en cuanto a la solicitud de parte, de prueba documental, y que a través del Dictamen pericial calígrafo, introducirá en el proceso la posible impugnación o su verificación de la documental aportada a éste. Siendo el Dictamen introducido, en la instrucción en el momento procesal oportuno, durante éste o en el traslado para calificación, tanto puede ser para el imputado o por la acusación particular personada, derecho reconocido en la CE en su art. 24.2, pero siendo dicha solicitud de prueba acorde a su derecho de defensa, no se convierte en un derecho ilimitado de proponer, y el Tribunal de acatar lo solicitado, sino que se valorara por el instructor si de las pruebas practicadas, hay suficiente indicios o prueba de cargo para abrir el juicio oral.

La prueba en el proceso, en cuanto que se solicite Informe pericial calígrafo de oficio, deberá ser solicitada en el momento procesal oportuno, según el proceso en curso. Dado que el objeto del proceso penal lo constituye el “hecho punible” que no es

sino un conjunto de hechos naturales que integran una conducta típicamente antijurídica que resulta imputable a su autor, y mediante el acerbo probatorio incorporado al proceso, se pretende que dicha conducta indiciariamente antijurídica, sea la adecuada en la acertada calificación del hecho imputado.

Según STS 09/11/2011, en la regulación del art. 391 LECrim "el Juez puede ordenar (mejor sería decir, pedir) al procesado que escriba a su presencia algunas palabras o frases con el fin de poder luego practicar una pericial o dictamen caligráfico, lo que es muy importante en diversos delitos, principalmente falsedades".

Para practicar una pericial o dictamen caligráfico, y proceder a que el procesado escriba a su presencia, cuando faltaren documentos, o se impugnare su autenticidad se llevara a cabo, con carácter supletoria se aplica el art. 350,3 de la LEC, para que se forme un cuerpo de escritura en presencia del Letrado de la Administración de justicia o del Tribunal, teniendo dicho cuerpo de firmas, texto, que se dictara al procesado, carácter de documento de indubitado, que será desglosado para su entrega al perito judicial calígrafo designado, o en su caso para su estudio en sede judicial del perito judicial de parte, según se acuerde por el Tribunal, sin perjuicio, que si no se entregare, se podrá someter a cuestión previa, por vulneración del derecho a la prueba, en el momento procesal oportuno, según el tipo de proceso en el que nos encontremos.

Los peritos llamados a emitir informe no podrán negarse al llamamiento del Tribunal, a no ser por justa causa, que será puesto en su conocimiento y se proveerá lo pertinente, en función de lo aludido.

El perito dará, formalizándose por comparecencia, de juramento o promesa a decir verdad, teniendo en consideración todo lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio, declarando conocer los posibles delitos en que pueda incurrir, si faltare a su deber de perito.

Dejando claro desde este momento que la actividad que se desarrollará en función del llamamiento y de su juramento o promesa, actividad procesal, por los sujetos intervinientes en el proceso penal cuya finalidad consiste en convencer al órgano jurisdiccional que la eficacia probatoria que merece un determinado medio de prueba aumentará o disminuirá o incluso pueda determinar la ausencia de culpabilidad, dado que dicho informe/dictamen goza de la libre valoración de la prueba que ostenta en el

ejercicio de su independencia judicial, el juez predeterminado para juzgar y emitir la correspondiente Sentencia.

El juicio, plenario, lo es para el Juez o Magistrado que está enjuiciando y en consecuencia, deberá valorar, toda la prueba presentada, motivando en su caso, su estimación total o parcial o desestimando, sujetándose a la motivación jurídica de lo recogido en su resolución.

La prueba documental ha de ser también libremente valorada, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que la falta de reconocimiento o adveración de un documento privado le prive en absoluto de valor probatorio, sopesando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del supuesto que se enjuicia. (SSTS 16/7/82, 12/6/86, 1/2/89, 11/10/91 y 22/12/00); y, art. 348 LEC

Recibidos los documentos para su estudio, siendo documento, "Todo soporte material que expresa o incorpora datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica. (Artículo26 C.P.).

El art. 459 de la LECrim indica que "todo reconocimiento pericial se hará por dos peritos" Exceptuándose en el caso que no hubiere más de uno en el lugar y no fuere posible esperar". Así la STS 19.06.02 estableció "El artículo 459 de la Ley Procesal exige que, tratándose de sumario ordinario, el reconocimiento pericial se realice por dos peritos, sin duda con la finalidad de dotar al informe de un mayor grado de seguridad y certeza, pero sin condicionar realmente su validez al número, ya que en el mismo artículo se prevé la posibilidad de que el informe sea realizado por un solo perito en el caso de que no hubiese más de uno en el lugar y no fuere posible esperar la llegada de otro sin graves Inconvenientes para el curso del sumario".

Por otra parte, en el Procedimiento Abreviado dispone el artículo 788,2. de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que el informe pericial podrá prestarse por un solo perito cuando el Juez lo considere suficiente, de manera que queda al arbitrio del Juez realización de la pericia por uno o más peritos, sin perjuicio de los derechos de las partes.Finalmente es de recordar, la STS 16.07.2001 que con relación a la interpretación del meritado art. 459 LECrim dice: "Si bien en el procedimiento ordinario el reconocimiento pericial se efectuará por dos peritos, ello no significa que el efecto anudado a su violación, cuando se practique una pericial con un solo perito, tenga que ser el de la nulidad de la prueba".

Lo realmente decisivo, desde el punto de vista jurisprudencial no es si es uno, dos o más, sino que el Juez tenga a su disposición dos dictámenes periciales, siendo éstos concordantes en su conclusión, para dar certeza al juzgador. En el caso que éstos fueren discordantes, y es la práctica habitual, se llamara a solicitar nuevo Dictamen al servicio de Grafística Oficial de los Servicios y Fuerzas de Seguridad del estado, habilitados para emitir dictamen.

Dejando claro desde este momento que la actividad que se desarrollará en función del llamamiento y de su juramento o promesa, actividad procesal que se desarrolla por los sujetos intervinientes en el proceso penal cuya finalidad consiste en convencer al órgano jurisdiccional que la eficacia probatoria que merece un determinado medio de prueba aumentara o disminuirá o incluso pueda determinar la ausencia de culpabilidad, dado que dicho informe/dictamen goza de la libre valoración de la prueba que ostenta el juzgador.[2]

El juicio, plenario, lo es para el Juez o Magistrado que está enjuiciando y en consecuencia, deberá valorar, toda la prueba presentada, motivando en su caso, su estimación total o parcial o desestimando, sujetándose a la motivación jurídica de lo recogido en su resolución.

Prueba documental que deberá ser, también, libremente valorada, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que la falta de reconocimiento o adveración de un documento privado le prive en absoluto de valor probatorio, sopesando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del supuesto que se enjuicia, aun teniendo claro que las pruebas periciales, de parte, no constituyen pruebas de naturaleza documental, sino personal. (STS 21/02/2001, SSTS 16/7/82, 12/6/86, 1/2/89, 11/10/91 y 22/12/00); y, art. 348 LEC.

III. IDENTIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE UN DICTAMEN

El art. 478 de la LECrim, informa de los requisitos del informe pericial que se ha de presentar en sede judicial, aportando unos requisitos mínimos.

Siendo éstos descripción de la persona u objeto sobre el que se va a proceder a dictaminar, su estado, método, operaciones que se han realizado, y conclusión que el Perito informante, ratifica en su final, con expresión de la certeza del resultado. Siendo

[2] El Tribunal sentenciador es libre de apreciar las pruebas periciales conforme a las reglas de la sana crítica y no está condicionado a aceptar las conclusiones de los peritos de una determinada parte.

la misión de un dictamen calígrafo la de autenticar o no negar la/s firmas, textos estampados en un documento (papel, pared, metal etc.), declarando si fuere de misma mano de la persona que se nos ha solicitado en el objeto del dictamen a realizar.

Según la STS 09/11/2011 en la aplicación del art. 391 LECrim

> *"el Juez puede ordenar (mejor sería decir, pedir) al procesado que escriba a su presencia algunas palabras o frases con el fin de poder luego practicar una pericial o dictamen caligráfico, lo que es muy importante en diversos delitos, principalmente falsedades."*

Cuando es llamado un perito judicial a un Juzgado para su aceptación del cargo o en su caso el perito de parte, su labor es de técnico, en consecuencia, deberá contar con el material acorde con lo solicitado, a saber, texto, cuerpo de escritura si se realizó en sede judicial, original, firma/s, indubitadas, no cuestionadas por ninguna de las partes, ya sea una firma en un protocolo notarial, firma estampada en la cartulina de firmas en un Banco.., firma estampada para solicitud del D.N.I. (en este caso será necesario solicitar de la autoridad judicial, autorización para personación en la sección de expedición de D.N.I. Policía Nacional… y en todas las sedes en el que pueda constar firma auténtica, coetánea a la prueba a realizar).

Si dicha firma o texto se encuentra en sede judicial, se realizara el estudio de la firma, texto original, con la autorización del Letrado de la Administración de Justicia.

Sera necesario para la realización de dicha prueba, firma/s, textos, dubitados, cuestionados en el proceso, originales. Si solo estuviere unido a autos fotocopias, se solicitara en comparecencia se exhiba quien lo ha introducido en el proceso, dicha prueba cuestionada, que exhiba el original, para ser estudiado junto con las indubitadas, en sede judicial o por solicitud de desglose.

Si en Autos solo constaren fotocopias, y no se pudieren exhibir, originales, por la razón que fuere, el perito en sus conclusiones no podría dar certeza del resultado de su estudio, que es la razón, entiendo, la única que es procedente dado que dicho Informe/dictamen lo es para auxilio del juzgador.

Las fotocopias como tal son sin duda documentos aportados al proceso, idea de un original, sin embargo dado que son reproducciones fotográficas, y como tal susceptible de composición, transmitiendo la imagen del documento, pero sin poder analizar la naturaleza jurídica, que plasmaría el documento original, en orden a la prueba que se

intentar presentar. El perito calígrafo no puede autenticar una fotocopia, puede indicar el grado de certeza de la reproducción[3] fotográfica, que siempre será incompleta.

El perito calígrafo estudiara con el material técnico que tenga a su alcance, si dicho documento ha sido simulado en todo o en parte, dando certeza de su autenticidad o en su caso de su simulación, error en su autenticidad.

Según la **STS nº 261/2017 de 6 de abril el Pleno no jurisdiccional de 26 de febrero de 1999, la Sala Segunda de este Tribunal Supremo ha optado por una interpretación lata del concepto de «autenticidad»,** incluyendo tres supuestos para la aplicación del art. 390.1.2, entre aquellos que afecten a la autenticidad del documento: **a)** La formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (autenticidad subjetiva o genuinidad). **b)** La formación de un documento con falsa expresión de la fecha, cuando esta sea esencialmente relevante. **c)** La formación de un documento enteramente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente, es decir de un documento que no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó (falta de autenticidad objetiva).

El dictamen estudiara si la firma/s estampadas en un documento han sido realizadas de misma mano por el autor al que se atribuye; estudiara los números que puedan aparecer en un documento/texto ; certificara por su estudio técnico si el documento en si es auténtico en cuanto no ofrezca ningún rasgo que pueda dar lugar a entender que se ha producido algún borrado o interlineado en el tiempo, o incluso si ante un documento realizado en impresora del tipo que sea se ha podido intercalar un tipo de papel diferente (gramaje).

IV. CONTENIDO DEL INFORME.

La ley de enjuiciamiento criminal nos informa del contenido de éste, a saber, identificación de la persona nombrada para ejercer la función de perito, la misma que firmará o ratificará dicho informe en el plenario, designada por el Juez o por las partes si los hubiere, prestando juramento de proceder bien y fielmente en su operaciones y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad.[4]

En éste, después de la identificación de su autor, se indicara el objeto del informe, se presentaran las operaciones practicadas, con indicación del Método

[3] Sentencia A.P. de Alicante de fecha 11/01/2018, 26/2018 Número de Recurso 534/2007.
[4] Art. 474 LECrim.

empleado, dando un resultado o conclusión signada y autorizada por la misma persona que prestó juramento en la aceptación del cargo.

El contenido mínimo que debe presentar un informe pericial, por escrito, es el descrito en la referenciada ley procesal.

A efectos de estándares oficiales para la elaboración de un informe o dictamen judicial la norma UNE 197001:2011, describe los Criterios Generales para la elaboración de informes y dictámenes periciales, estableciendo la estructura y los requisitos mínimos de contenido, con el fin de garantizar la calidad y comprensión de las conclusiones.

Dicha Norma tiene por objeto el establecimiento de las consideraciones generales que permitan precisar los requisitos formales que deben tener los informes y dictámenes periciales, sin determinar los métodos y procesos específicos para la elaboración de los mismos.

Entro otras consideraciones de esta Norma:

- Identificar el destinatario del documento y número de expediente o procedimiento si lo hubiera.
- Identificación del perito, incluyendo nombre y apellidos, DNI, colegio y/o asociación pericial a la que pertenece, dirección, …
- Datos de la entidad o personas que han solicitado el informe pericial.
- Dirección a donde va dirigido.
- Si procede nombre y apellidos del letrado o procurador.
- Fecha de emisión.
- Juramento reflejando claramente que el perito está procediendo bajo juramento o promesa de decir la verdad, actuando con veracidad y con la mayor objetividad posible, indicando el conocimiento de las sanciones penales de no actuar de forma debida.

Sobre el cuerpo del informe:

- Incluirá la caracterización de la información utilizada como punto de partida para el análisis.
- Incluirá los resultados del estudio.

- Debe de ser claramente comprensible, minimizando o explicando los tecnicismos.
- Contenido:
  - Objeto. Es decir, finalidad del informe.
  - Análisis. Es decir, información que permite llegar a las conclusiones:
    - Investigación realizada.
    - Referencias, documentos y muestras de evidencias.
    - Razonamientos y justificaciones.
  - Conclusiones. Es decir, la finalidad máxima para la que se requiere el informe. Interpretación técnica y experta y firma.
  - Anexos. Cualquier documento, nota, fotográfica, etc. que ayude a entender o reforzar el contenido del informe.

V. METODOLOGÍA

El Método informa de la conclusión del Informe, de la contrapericial, del careo que el Tribunal pueda acordar, en orden a la convicción del juzgador (art. 478 LECrim y art.347, 2 LEC).

Se deberá expresar las operaciones técnicas que se hubieren realizado, el material técnico utilizado, que en la actualidad, y dado que es actividad y de estudio privado no se encuentra protocolizado ni reglado. El devenir histórico nos ha proporcionado numerosos medios técnicos para que el estudio y su conclusión sean acorde con la aplicación de la ley y la búsqueda de la justicia, que conlleva dicha práctica. En la actualidad se han incorporado medios técnicos, a saber, luz ultravioleta, que informará si en un documento papel se ha raspado, borrado; si en números de una letra de cambio o pagaré se han borrado números y se han introducido otros; luz para discriminación de tintas, que podrá determinar si el útil escritural utilizado en un mismo acto escritural y luz infrarroja, que nos informará de la presión ejercida en un mismo acto ante dos firmas estampadas en un documento.

En 2003 se dictó por la Audiencia Provincial de Gerona una importante Sentencia en relación al informe pericial, que dejó asentado en aquel momento lo trascendente en el estudio de esta prueba.

El Tribunal insiste en el carácter no vinculante para el juzgador de dicho informe, recogiendo,

> *"ya que la ciencia grafológica, que constituye una inestimable ayuda para los órganos jurisdiccionales, permite ponderar sus conclusiones cuando se tengan dudas sobre las razones expuestas por los peritos (STS 15.10.90). Dicho de otra manera, por un lado, el análisis grafológico no presenta resultados incontestables y, por otro, el Juzgador no está vinculado por los informes periciales, y si son varios, puede optar por el que ofrezca mayor garantía".*

Lo que se planteó el Tribunal, fue determinar la identificación científica, si las grafías correspondían en anverso y reverso de la cubierta, pertenecían o no a algunos de los imputados.

Identificar es al fin y al cabo es reconocer de manera indubitada personas, cosas o fenómenos a través de sus características o cualidades específicas.

Y, dicha identificación, es uno de los puntos centrales de la decisión jurisprudencial que se recoge en la Sentencia, en la que se desestimaron los conceptos de los peritos oficiales por no haber considerado los aspectos mencionados. Advierte la sentencia, efectivamente, que aunque los dictámenes emitidos por los expertos del Estado suelen gozar, en principio, de una especial consideración, "no vinculan de modo absoluto al Juzgador", máxime en casos como el analizado, en el que a juicio de la Sala existían indicios que corroboraban que la letra investigada no era del procesado, es decir, que avalaban la conclusión de los especialistas privados.[5]

> *"No se trata, pues, de un juicio de peritos, sino de una fuente de conocimientos científicos, técnicos o prácticos que ayudan al Juez a descubrir la verdad."*[6]

La sentencia presentó la posición jurisprudencial, al momento de dicha resolución, respecto del valor de los dictámenes periciales y en particular del caligráfico.

La exposición del método utilizado, en auxilio de la actividad jurisdiccional, según establece la ley procesal., utilizando los medios técnicos y científicos que tenga a su alcance, identificando la metodología que adoptó, razón de su elección y el resultado obtenido. Y de manera ilustrativa, los métodos del que dispone el Perito calígrafo, en razón del más adecuado al fin solicitado, son:

[5] VELÁSQUEZ POSADA, L.G., La identificación de manuscritos en la sentencia del caso de Olot. Recurso disponible en: https://documentologia.co/category/articulos/

[6] La Sentencia Audiencia Provincial de Girona, Sentencia Penal No. 1/2003: "*error metodológico: "Desde la ciencia de la grafología –dice el fallo– se vienen exigiendo como necesarios en todo informe riguroso que pretenda atribuir la letra indubitada (sic) al presunto autor, que ha de constar con cuatro estudios o comparaciones, a saber: 1. La formal o morfológica, 2. La grafométrica, 3. La pulsiva y 4. Las afinidades y disgrafías.*

- Metodo grafonómico, descriptivo de análisis, propiamente grafológico: forma, dirección, inclinación, presión.
- Metodo grafométrico, por la medición de todas las grafías, comparando unas con otras en todos los documentos sometido a análisis. Método homotético, habilidad escritural desde el punto de vista fisiológico, centrado en el estudio de escrituras con tallas diferente. Método de Gestos Tipo, gestos gráficos: huellas digitales del grafismo, que según la Academia Internacional de Expertos en Escrituras y Documentos, avalado por Interpol, identificando de diez gestos tipo en las grafías, o en su caso si el texto fuere escaso, con cinco gestos tipo, se identificaría o en su contrario la autoría del sujeto pasivo o activo, en la conducta antijurídica.

El juzgador a la vista de lo presentado para su análisis, evaluara éste. Admitiendo, en el análisis de la prueba presentada, como válida la conclusión con fundamento en el análisis riguroso y técnico.

VI. ANÁLISIS FINAL

De la Sentencia citada[7], destacar que se realizó un análisis riguroso de las periciales presentadas, incidiendo en el método usado por cada uno de los peritos, y dando valor al dictamen que por su examen pormenorizado, en atención a criterios que estimó eran los adecuados para llegar a la conclusión plasmada. Se expone en su fallo, que desde la ciencia de la grafología se viene exigiendo como necesario en todo informe riguroso, debiendo constar el formal, el grafométrico (mediciones), la pulsiva o presión y las afinidades y disgrafías.

En el momento actual, y transcurrido más de quince años desde la resolución referenciada, es conveniente indicar que en un informe pericial no se hacen comparaciones, se realiza estudio riguroso, técnico.

Que la grafología no es fundamento científico de la denominada pericia caligráfica, y no lo es ya que la grafología lo que analiza o refiere es la personalidad y actitud de un sujeto en un texto con su firma, es coadyuvante psicológico (utilizando medios como cuenta hilos, escuadra, regla y cartabón).

Mientras que la pericia caligráfica, a través de medios técnicos, constatados científicamente y homologados, como indicamos, luz ultravioleta, discriminación de

7 La Sentencia Audiencia Provincial de Girona, Sentencia Penal No. 1/2003.

tintas, infrarrojos, con medición en nanómetro (unidad de longitud del Sistema Internacional de Unidades que equivale a una mil millonésima parte de un metro o a la millonésima parte de un milímetro.), busca la identificación del autor de una firma, texto, y analiza la idoneidad de un documento en donde se ha plasmado, identificando en su caso si es apto o no para el objeto del dictamen solicitado.

La labor del Perito Calígrafo es auxilio del juzgador, sometiendo su dictamen a la valoración de éste en su actividad jurisdiccional.

* * * * * *

M.ª Luisa Álvarez-Castellanos Villanueva
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

~Delito de corrupción deportiva~

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

Tradicionalmente se venía asociando la práctica de lo que se conoce como deporte, con la vida sana, el esfuerzo, la justa y recta competición. El ejercicio deportivo venía a ser el paradigma de la salud, del esfuerzo honrado en la competición, del *fair play* (juego limpio), de la aceptación y respeto de las reglas del juego. Pero la propia competición de lo que se entiende por deporte ha variado en las últimas décadas, de un deporte prácticamente de aficionados, con escasos recursos económicos, hemos pasado a un deporte espectáculo en el que lo prioritario es la organización de eventos capaces de reunir a miles de aficionados que pagan importantes sumas de dinero por acudir a los mismos[1], que llevan aparejados sustanciosos contratos por derecho de imagen, venta de productos asociados con el deporte, etc.

Este mercantilismo utiliza el deporte para obtener grandes beneficios y comercia con los valores que el mismo transmite y representa.

Para mantener este espectáculo, es necesario que las marcas mejoren, que se corra más rápido, que se jueguen más partidos, estos niveles de exigencia en el ámbito deportivo, teniendo en cuenta que la vida laboral de un deportista es muy corta.

El deporte se ve a veces ensombrecido por dudosas prácticas de ciertos agentes sociales que enturbian las competiciones y eventos deportivos, que amenazan la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia[2] .

Este tipo de corrupción adquiere una especial relevancia por la función social y educativa del deporte, inculcando valores como el respeto, la solidaridad, el trabajo en equipo, el esfuerzo o la superación personal.

[1] LORA-TAMAYO VALLBÉ, M. El derecho deportivo entre el servicio público y el mercado. Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 35.

[2] Preámbulo de la Resolución 58/4 de la Asamblea General de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Mérida, México, el 31 de octubre de 2003, pp. 3 y 4.

El fenómeno de la corrupción es transaccional; el combate para erradicar dichas actitudes había quedado al margen del Derecho Penal, se intentaba poner remedio a estas corruptelas a través del Derecho Administrativo.

El derecho penal intervine en el mundo del deporte en nuestro país, con la reforma del Código Penal de 2010[3], La Unión Europea hace hincapié en la necesidad de prevenir este delito, que beneficia a una minoría, pero va en detrimento de toda la sociedad, la corrupción destruye la base de la vida económica y constituye una distorsión de la competitividad.

II. EL DELITO DE CORRUPCION EN EL DEPORTE.

La mayoría de la doctrina, sostienen que la incorporación del delito de corrupción deportiva, tiene su precedente en el:" Manifiesto sobre las conductas fraudulentas en el deporte y la necesaria adopción de medidas legislativa para su represión"[4], documento suscrito por la Liga profesional de Futbol, la asociación de Clubes de Baloncesto, la Liga Nacional de Futbol Sala, la Asociación de Futbolistas Españoles y la Asociación de Baloncestistas Profesional de fecha 11 de junio de 2008.

La aparición en los últimos años de las apuesta deportivas por internet, el dinero que mueve y la posibilidad real de que el crimen organizado ve un negocio en el sistema de apuestas, ha influido en el legislador por las funestas consecuencias que supone la generalización de amaños en competiciones deportivas.

La tipificación penal de estas conductas es reflejo de la escasa lucha en el aspecto administrativo sancionador, y ello por la ausencia de sanciones y de investigación, federativa o administrativa, pese al hecho incuestionable en el mundo deportivo de que todas las temporadas se amañan partidos de fútbol profesional.

El ámbito económico del mundo deportivo es difícil de controlar, entre los éxitos deportivos, encontramos prácticas oscuras como el dopaje, las apuestas on-line, el amaño de partidos, que oscurecen los principios fundamentales del deporte como la integración social, la promoción educativa, el respeto mutuo, la tolerancia y la

[3] Que incorpora al derecho penal español, la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado

[4] DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Sobre amaño de partidos, primas a terceros, maletines y Derecho Penal. Anuario iberoamericano de derecho deportivo, Nº. 3, 2015, pp. 17-32; CORTÉS BECHIARELLI, E. El delito de corrupción deportiva .Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. p 38; RIOS CORBACHO, JM. El fraude en el futbol. Ed. Rius. Madrid 2015. p 191.

deportividad, que ensombrecen las competiciones y los eventos, por los intereses económicos y comerciales[5].

Existen en la actualidad redes de delincuencia organizada cuyo último fin es el de blanquear dinero y obtener jugosas ganancias

El legislador aprovecho la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de Julio, dictada en el ámbito empresarial de los negocios y la protección de la competencia, para introducir el delito de corrupción deportiva, tipificado como delito en el Ordenamiento Jurídico español en el artículo 286 bis 4 del Código penal, en el Titulo XIII, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico , Capitulo XI, relativo a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, en la sección cuarta Delitos de corrupción en los negocios.

1. Regulación del artículo 286 bis 4 del código penal.

En España, la corrupción en los deportes no es un hecho nuevo, aunque su regulación en el ámbito penal es reciente. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento en el el delito de corrupción en los deportes en el artículo 286 bis 4, que ha sido modificado posteriormente por la Ley 1/2015 de 30 de marzo.

La Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio del Código Penal, introduce el delito de corrupción entre particulares, hasta entonces inexistente en la legislación española.

Castiga las conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterara de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva

El artículo 286 bis 4 del CP, recoge el tipo especial de la corrupción privada, aplicado al ámbito deportico y comparte algunos elementos del tipo general que recogen en el resto de apartados del art. 286 bis CP. Estos elementos que tienen en común son algunas definiciones de los sujetos activos, las acciones típicas y las penas, la cuales son exactamente las mismas tanto para el tipo especial como para el general. Pero con la diferencia de que estos elementos y acciones comunes deben realizarse por entidades y sujetos pertenecientes al ámbito deportivo y que su finalidad es castigar aquellos

[5] DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Sobre el amaño de partidos, primas a terceros, maletines y Derecho penal. Anuario iberoamericano de derecho deportivo, Nº. 3, 2015.

sobornos encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva.

El artículo 286 bis, establece:

1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por si o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventana no justificado de cualquier naturaleza , para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quién por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja y a la trascendencia de las funciones del culpable podrán imponer la una inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

La reforma de la L.O 1/2015 delimita el delito en relación con las pruebas, encuentros o competiciones deportivas de especial relevancia económica o deportiva; mientras que antes de la reforma se refería a las pruebas encuentros o competiciones deportivas profesionales.

El verdadero motivo de articulo 286 bis.4 es la relevancia socioeconómica del deporte, que ha traspasado el ámbito privado de los particulares y ha adquirido dimensiones públicas de gran magnitud.

Se define el concepto de competición deportiva de especial relevancia , se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes de la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en le calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de máxima categoría de la modalidad especialidad, o disciplina de que se trate.

Se introduce la idea preferentemente económica, englobando la conducta dentro de la realizan operadores comerciales que sobornan a otros con la idea de lograr una ventaja comercial o competitiva alterando fraudulentamente las reglas de la competencia.

Se crean en la reforma de 2015, mediante la introducción del art. 286.4 quater nuevos tipo agravados, la agravación se aplica a todos los delitos de la Sección 4ª. Concretamente, la agravación se fundamenta en que los hechos sean de especial gravedad. Se consideran como tal cuando:

a) El beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado.

b) La acción de autor no sea meramente ocasional.

c) Se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal,

d) El objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

Además, como tipos agravados específicos del delito de corrupción en el deporte se contemplan:

1) Cuando tenga como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas.

2) Cuando sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

En todos los casos, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

III. ALTERACIONES FRAUDULENTAS, AMAÑOS Y SOBORNOS.

El artículo 767 del Código Penal de 8 de julio de 1822 decía:" El jugador que usando de trampas en el juego, hubiere ganado malamente alguna cantidad sufrirá arresto de quince a cuatro meses y pagará una multa de tres tanto de dicha cantidad, sin perjuicio de las demás penas en que incurra si jugare juego o cantidad prohibida".

La doctrina dominante ha calificado como un delito de mera actividad y consumación anticipada que deriva conceptualmente de un delito de peligro abstracto, cuya consumación formalmente queda realizada con la conducta que viene descrita en los apartado primero o segundo del precepto, que alcanza su grado de consumación por el simple ofrecimiento, promesa o concesión, o por la mera solicitud o ventaja no justificado, sin necesidad de que la dádiva se llegue a recibir de manera efectiva[6].

Existen dos conductas la corrupción pasiva y la corrupción activa, que vienen descritas en los apartado primero o segundo del precepto, que alcanza su grado de consumación por el simple ofrecimiento, promesa o concesión, o por la mera solicitud o ventaja no justificado, sin necesidad de que la dádiva se llegue a recibir de manera efectiva.

En la corrupción activa la acción consiste en un acto intencionado de prometer, ofrecer o conceder un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificado para la realización o abstención de un acto dirigido a predeterminar o alterar de manera deliberada o fraudulenta, el resultado de una competición deportiva.

Los amaños, vulneran el bien jurídicamente protegido en el artículo 286.4 bis del CP, alteran, manipulan o interceden de manera fraudulenta y deliberada en el desarrollo de una competición, encuentro o prueba deportiva, y vulneran también el bien jurídico protegido por este precepto los valores sociales, educativos y culturales del deporte.

Si dos sujeto pactan un resultado, los dos están cometiendo el ilícito una de manera pasiva y otro de manera activa, todas las partes implicadas obtienen beneficio y ningún perjudicado es conocedor de esta circunstancia es fácil ocultar y muy difícil obtener pruebas incriminatorias.

[6] BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. El delito de fraudes deportivos, aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis.4 del Código Penal .Ed. Dykinson .Madrid 2016, p.163.

La conducta del sujeto activo responde a la finalidad de predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesional, la conducta típica ha de ser objetivamente idónea para condicionar el resultado, y la finalidad predeterminar o alterar deliberadamente y fraudulentamente el resultado, esta conducta pude materializarse antes, durante o después del evento deportivo, siempre que afecte al resultado[7].

El resultado manipulable ha de ser el de las pruebas, encuentros o competiciones deportivas de especial relevancia económicas o deportiva, este concepto sustituye al antiguo de competiciones profesionales.

En los casos de los amaños de partidos, todos los protagonistas, jugadores, árbitros, funcionarios, clubes, asociaciones etc.; pueden ser agentes intervinientes a la hora de alterar un resultado con fines delictivos, pudiendo colaborara bien de manera activa o pasiva en la comisión de actos que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

Los amaños, sobornos, compraventa de partidos o compra de jugadores cuyo fin es la derrota en determinados partidos claves, para conseguir los objetivos del que paga, por ejemplo en la Liga Italiana están implicados hasta 22 clubes y cerca de 52 futbolistas, implicados en la compra venta de partidos con la consiguiente manipulación de las apuestas on-line y sus correspondientes beneficios [8].

Las primas a terceros, difícilmente podrán considerarse delito el ofrecimiento de primas por ganar partidos, ya que en estos casos puede interpretarse como un reforzamiento a la actitud natural del deportista de querer ganar y poner todo de su parte por conseguirla, y considerar que dichos valores deportivos se encuentran doblemente protegidos.

El problema viene cuando estas primas provienen de terceros con intereses concretos en un resultado concreto por ejemplo “, los maletines de fin de temporada”, dirigidos a equipos que ya no se juegan nada de parte de sus rivales, dentro de las primas provenientes de terceros hay que distinguir las que tienen como objetivo que el

[7] BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. El delito de fraudes deportivos, aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos del articulo 286bis.4 del Código Penal, 2016, pp. 171 y 172.

[8] GILI PASCUAL, A. La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos”. Revista de Derecho Penal y Criminología nº 8, Madrid 2012, pp 13-70.

club que las recibe pierda o empate y las que son para que éste gane.

Si las primas se dan por perder, como sucedió en el caso Zaragoza –Levante, integraría la conducta típica del art. 286.4 bis[9].

Si la prima se otorga a un equipo para que gane, este comportamiento no integra la conducta típica del delito de corrupción deportiva, solo se podría castigar a través del procedimiento disciplinario.

España ha sido muy tolerante con estas prácticas, en cambio el TAS (Tribunal de Arbitraje Deportivo), considera que estas primas son ilegales por atentar contra los valores más elementales del deporte, considera que estas primas si influyen en el resultado[10], sin embargo la profesora de Vicente considera que el beneficio que le es ofrecido lo es justamente para que cumpla con sus obligaciones por lo que tal conducta carecería de la necesaria antijuridicidad material para lesionar el bien jurídico protegido.

Por lo tanto las posibles sanciones por primas por ganar que provengan de terceros deben quedar encuadradas dentro del ámbito disciplinario, pues están dentro de los propios valores deportivos conseguir la victoria, siendo el intentar ganar un acto natural de los participantes en competiciones deportivas y no lesiona ningún valor deportivo, ético o económico que necesite tutela.

IV. CONCLUSIÓN.

Cada vez son más numerosos los casos que se manifiestan en la realidad de distintas modalidades deportivas acaecidas con ocasión de la compra supuesta de partidos, el legislador ha dado una respuesta penal a esta practica corrupta que puede quebrar la confianza de los ciudadanos, el descredito de las autoridades y organizaciones deportivas, desde federaciones, clubes o equipos asociados de jugadores, entrenadores, árbitros, jueces etc.

El fraude y la corrupción deportiva es una lacra para el deporte, un problema

[9] El 21 de mayo de 2011 se celebro el partido Levante-Real Zaragoza en la ciudad de Valencia. Acabó con un resultado de 1-2 en el que venció el equipo aragonés. Era la última jornada de la liga, logrando se salvación, impidiendo que bajase el equipo a segunda, gracias a los tres puntos que necesitaba, suponiendo este resultado que el Deportivo de la Coruña descendiera de categoría ese año, en su lugar.

Se sospecha que el Real Zaragoza había comparado la victoria por un millón de euros, diez jugadores del Real Zaragoza habían recibió en sus cuentas entre 100.000 y 120.000 euros en concepto de prima por parte del club, por permanecer en Primera.

[10] DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Sobre amaño de partidos, primas a terceros, maletines y derecho penal. Ed. Rius. Barcelona 2010, pp. 359-398.

desgraciadamente cada vez más extendido, que perjudica enormemente al deporte, por las prácticas ilícitas de todos aquellos que lo único que quieren es lucrarse haciendo trampas, no sólo los directivos sino también organizaciones delictivas y deportistas, el problema se ha globalizado con los amaños y las apuestas on-line.

El legislador de 2015 , ha considerado de mayor gravedad el hecho de las apuestas deportivas de forma ilegal que influyan de cualquier modo en los resultados de una competición deportiva en las que participen deportistas que perciban cualquier tipo de retribución económica, la corrupción en el deporte se inició con la corrupción en las apuestas , a través de organizaciones criminales destinadas a conseguir intermediar con los participes en las competiciones deportivas para alterar el resultado y conseguir cantidades económicas burlando las buenas prácticas en el deporte.

Y para que estos hechos no queden sancionados con meras sanciones administrativas, ya que son verdaderos actos de corrupción que influyen en los resultados deportivos, para conseguir beneficios económicos ilegales, en perjuicio de los que han participado en el juego y para las empresas de apuestas.

El actual delito de corrupción en los deportes apenas ha tenido recorrido judicial. Lo que plantea dudas sobre los elementos del tipo y otras cuestiones procesales que deberán ser resueltas con la interpretación que realicen los jueces y tribunales de justicia a medida que vayan surgiendo.

BIBLIOGRAFÍA

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. El delito de fraudes deportivos, aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis.4 del Código Penal .Ed. Dykinson. Madrid 2016.

CORTÉS BECHIARELLI, E. El delito de corrupción deportiva .Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2012.

GILI PASCUAL, A. La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos. Revista de Derecho Penal y Criminología nº 8. Madrid 2012.

LORA-TAMAYO VALLBÉ, M. El derecho deportivo entre el servicio público y el mercado. Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

RÍOS CORBACHO, JM. El fraude en el futbol. Ed.Reus. Madrid 2015.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Sobre amaño de partidos, primas a terceros, maletines y Derecho Penal. Anuario iberoamericano de derecho deportivo, Nº. 3, 2015.

Preámbulo de la Resolución 58/4 de la Asamblea General de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Mérida, México, el 31 de octubre de 2003.

Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

* * * * * *

Patricio Arribas y Atienza

Letrado de la Administración de Justicia, Madrid. Socio de la FICP.

~El delito de sedición propio de la navegación aérea~

Resumen.- Con esta comunicación se pretende dar a conocer el delito de sedición en el ámbito de la navegación aérea. Los delitos regulados en normas especiales suelen ser poco conocidos, en primer lugar por la propia especialidad, pero también porque siempre de un modo u otro quedan algo apartados en los últimos lugares del estudio general del Derecho penal, quedando en la mayoría de temarios de las distintas disciplinas y cursos, en su parte final a la que por cuestiones de tiempo, suele ser normal que no se alcance. Trataremos sobe la situación actual de esta modalidad delictiva, su regulación y su debida adaptación al tiempo actual.

Palabras clave.- Sedición, navegación, aérea, constitucional, abandono, tripulación, aeronave, concurso

I. LOS DELITOS CONTRA LA NAVEGACIÓN AÉREA EN GENERAL

1. Origen

Los delitos contra la seguridad aérea se introducen por primera vez en España en el Código Penal de 1.928, si bien seguidamente y por la propia evolución de la configuración de nuestro sistema penal pasan a tener un peso específico y una configuración propia en el marco del Derecho penal militar.

La especialización de los delitos contra la navegación aérea tiene su origen en la Ley de veintisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, que aprobó las Bases para publicar un Código de Navegación Aérea, estableció tanto las concernientes a los principios generales de ésta y a su regulación en todos los aspectos de organización, personal, material, tráfico, accidentes, seguros, indemnizaciones, policía y otros análogos como a la jurisdicción penal y procesal de la misma navegación.

Con ello se pretendía sacar del código penal militar, donde entonces se encontraban regulados lo atinente a estos delitos, esta materia con la finalidad de atemperar su rigor, no olvidemos que incluso en aquel momento estaba en vigor la pena de muerte.

De lo anteriormente expuesto surge la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea, que regula la materia y continua parcialmente vigente a día de hoy.

2. Situación actual

La especialización penal de la materia se debió a la peculiar protección que merece todo lo relativo a la seguridad aérea, lo cual era acorde con la especial

regulación que se realiza a nivel internacional, mediante la existencia de específicos tratados y convenios sobre esta cuestión.

Los principales han sido, el Convenio de Tokio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, de 1963, el Convenio de la Haya de 1970 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, el Convenio de Montreal sobre Represión de actos ilícitos contra la Seguridad de la Aviación civil, de 1971, el Convenio internacional contra la toma de rehenes de 1979, el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991 y por último, actualmente en aplicación, el Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, del año 2010 de Beijing.

Actualmente la regulación en la materia la encontramos en la mencionada Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea y en el artículo 616 ter del código penal que fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio que modificaba ampliamente el Código Penal e introducía entre otras cuestiones el delito de piratería por la necesidad, según la exposición de motivos de la propia reforma, de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.

La Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea tuvo varias reformas, en 1.972, 1.978 y la más cercana de 1.995, pero destacamos por su importancia la que tuvo lugar por Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero que derogó todo el libro segundo de la Ley relativo a la jurisdicción, pasando así la misma a corresponder a la ordinaria penal, se trataba de hacer efectivo el mandato recogido en el artículo 11 de la Constitución, en su aplicación al campo de la navegación aérea, a fin de mantener el principio de unidad jurisdiccional, con la lógica consecución de suprimir la jurisdicción penal aeronáutica que, con carácter especial, regía entonces.

Por otro lado la disposición final primera de la mencionada Ley de 1.984 disponía que el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la fecha de promulgación de la presente Ley, someterá a las Cortes Generales un proyecto de ley por el que actualice la Ley número 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea y la legislación penal aeronáutica, previsión esta última de la que seguimos a la espera.

Por último aclarar que aun cuando se trata de una ley preconstitucional, no por ello pierde su vigencia, para lo que tendría que oponerse a algún precepto constitucional, siendo además que dicha vigencia ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Supremo.[1]

II. REGULACIÓN DE LA SEDICIÓN EN LA NAVEGACIÓN AÉREA

La concreta regulación de este tipo delictivo se lleva a cabo en los artículos 20 a 27 de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea, con el siguiente contenido:

> Art. 20. Serán castigados con la pena de prisión menor, como reos de sedición, los tripulantes, pasajeros, empleados o personas concertadas con ellos que, en aeropuertos o aeronaves, se alzaren colectivamente para cualquiera de los fines relacionados con la navegación aérea que a continuación se expresan:
>
> 1.º Oponerse al cumplimiento de órdenes que dicten el Comandante de aeronave o Jefe de aeropuerto, en uso de sus atribuciones.
>
> 2.º Impedirles el libre ejercicio de sus funciones o ejecutar con otro fin coacción sobre ellos.
>
> 3.º Realizar algún acto de odio o venganza en sus personas o bienes.
>
> Con la misma pena serán castigados los miembros de la tripulación de aeronaves o empleados de aeropuertos que, en número suficiente para perturbar el servicio, abandonen colectivamente sus funciones en la aeronave o el aeropuerto, en actitud de protesta, desobediencia coactiva o represalia contra el Comandante o Jefe respectivo.
>
> Art. 21. Se impondrá la pena de prisión menor a prisión mayor:
>
> 1.º Si el hecho se comete con la intención de interrumpir la navegación o de variar la ruta.
>
> 2.º Si los tripulantes llegan a apoderarse de la aeronave o ejercer mando sobre la misma.
>
> 3.º Si se produce la sedición en el extranjero o determina, por su trascendencia, la intervención de la fuerza pública del país.
>
> 4.º Si los sedicioso están armados.
>
> 5.º Al jefe de la sedición, en todo caso.
>
> Art. 22. A los meros ejecutores que no pertenezcan a la tripulación o aeropuerto se impondrá la pena señalada en los dos artículos precedentes en su grado mínimo.
>
> Art. 23. Será considerado jefe de la sedición, si no fuese posible identificar al que lo sea de hecho, al Oficial de la aeronave o empleado de aeropuerto de mayor categoría o antigüedad que intervenga en la comisión del delito.
>
> Art. 24. Los tripulantes de aeronave o empleados de aeropuerto que no cooperasen con sus superiores para reprimir la sedición, serán castigados con arresto mayor o suspensión.
>
> Art. 25. La negligencia en la represión de la sedición por el Comandante de aeronave o Jefe de aeropuerto, se castigará con la pena de suspensión o la de multa.
>
> Art. 26. Quedarán exentos de responsabilidad:
>
> 1.º Los meros ejecutores que se sometan a la primera intimación que se haga.

[1] STS de 25 de octubre de 1996.

> 2.º Los que hallándose comprometidos a perpetrar el delito, lo denuncien a sus superiores, en tiempo hábil para evitarlo.
>
> Art. 27. Si durante la sedición o con ocasión de ella se cometen otros delitos, serán éstos castigados también con arreglo a la Ley en que estén comprendidos.

Como vemos aun cuando se encuadran bajo el mismo concepto de sedición, dos son las conductas que se tipifican como delitos de sedición. La sedición propiamente dicha que requiere del alzamiento y el abandono colectivo de funciones y la sedición impropia, el abandono de funciones.

En cuanto a esta última conducta algunos autores como CÓRDOBA RODA[2], se han planteado su posible inconstitucionalidad por incompatibilidad con nuestra actual norma suprema, remitiendo además la conducta prevista en dicho precepto en todo caso al actual artículo 409 del Código penal que tipifica el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público.

No obstante con independencia de su constitucionalidad o no, trataremos aquí también de este delito que podemos decir de sedición impropia, además de la sedición propiamente dicha regulada en el párrafo primero del artículo 20 de la Ley penal y procesal de la navegación aérea.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido con carácter general en cuanto a todos los delitos regulados en la Ley de 1964 es la seguridad del tráfico aéreo, que por otro lado es aquel que tiene lugar mediante el empleo de aeronaves, habiendo sido definidas las aeronaves por el Convenio de Chicago de 1944 como “toda máquina que puede sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la tierra”, son varias las definiciones que han existido con anterioridad a esta, por ejemplo el Convenio Internacional de la Navegación Aérea de 1919 usaba una más sencilla “todo aparato que pueda sostenerse en la atmósfera merced a la reacción del aire”. Por su parte La Ley española de 21 de julio de 1960 la define como "toda construcción apta para el transporte de personas o cosas, capaz de moverse en la atmósfera, merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos autopropulsores".

Pero el ámbito de la navegación aérea no se limita a la aeronave en si misma, sino también ea todo aquello por lo que el vuelo de la misma se ve afectado, principalmente

[2] CÓRDOBA RODA, Juan, Navegación aérea y delito de sedición, Diario La Ley, Nº 7563, Sección Columna, 7 de Febrero de 2011, Año XXXII, Ref. D-52, Editorial LA LEY 1516/2011, pp. 3 y 4.

aeropuertos con todos sus componentes materiales y personales.

Algunos autores no obstante delimitan más dicho bien jurídico, concentrándolo en el derecho a la seguridad de las personas que hacen uso del mismo[3].

Por su parte en el delito de sedición de que tratamos, esa seguridad de la navegación aérea, se protege a través del mantenimiento del orden público en la navegación ejercido por quien según la legislación tiene la potestad para ello, pues se entiende que protegiendo ese orden se protege finalmente la seguridad aérea de que hemos hablado

Además como tal delito de sedición el bien jurídico protegido también viene referido al funcionamiento de la administración y de los servicios públicos, teniendo en cuenta que el servicio de aéreo transporte, es un servicio público esencial y ello aun cuando pueda estar su gestión y ejecución en manos de entidades privadas.

IV. COMPETENCIA

1. Internacional

El delito de sedición, como tal no viene recogido en ninguno de los Convenios de que España forma parte y que regula determinados tipos delictivos, principalmente el Convenio de La Haya y el de Montreal, mencionados respectivamente en las letras f) y g) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que si encajan con el delito de piratería previsto en el Código Penal, pero no con este de sedición.

Con lo cual deberemos estar a la regla general de los apartados 1 y 2 del mencionado artículo 23 de la LOPJ, en base a los principios de territorialidad y personalidad

Llegados a este punto y en relación con la territorialidad conviene aclarar la cuestión cuando la comisión del delito lo es a bordo de buques o aeronaves españoles. La Ley de Navegación Aérea clasifican las aeronaves en aeronaves del Estado y aeronaves privadas, considerando estatales las militares y las no militares destinadas de forma exclusiva a servicios estatales no comerciales y, aeronaves privadas, todas las demás no incluidas entre las dos anteriores.

Pues bien las aeronaves del estado tienen siempre la consideración de territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se encuentre. Las aeronaves privadas sin

[3] Véase la Guía jurídica sobre Delitos contra la navegación aérea de Wolters Kluwer de 16/05/2018

embargo, para ser consideradas territorio español, deben en primer lugar estar matriculadas en nuestra nación, pero además es preciso si está en vuelo, que el mismo sea sobre territorio español o zona no perteneciente territorialmente a otro Estado y ello es así conforme a lo previsto en el Convenio de Tokio mencionado más arriba y dada la literalidad del artículo 23.1 de la LOPJ[4].

2. Competencia objetiva

En primer lugar recordar que L.O. 1/1986, eliminó la jurisdicción penal aeronáutica y atribuyo la competencia para el conocimiento de los delitos aeronáuticos a la jurisdicción ordinaria.

Por tanto veremos que órganos de la jurisdicción ordinaria resultan competentes y no habiendo ninguna peculiaridad respecto a otros delitos, lo serán los Juzgados de Instrucción y el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial según la pena que resulte al delito imputado.

No obstante la competencia también podrá corresponder a los Juzgados Centrales de Instrucción y de lo Penal y la Audiencia Nacional (AN), cuando el delito se cometa fuera del territorio nacional.

Pero hemos indicado que la aeronave puede considerarse territorio español, por lo tanto en este caso no estaríamos ante un delito cometido fuera del territorio nacional y por tanto no sería competencia de los órganos centrales de la Audiencia Nacional, opinión mantenida por la fiscalía [5] que considerando que la frase "fuera del territorio nacional", referida a los delitos competencia de la AN, excluye también a las aeronaves consideradas territorio nacional, resultará que los delitos cometidos en las aeronaves privadas españolas en el espacio aéreo internacional no se deben incluir en ningún caso entre los cometidos fuera del territorio nacional, y por tanto los delitos que hayan tenido lugar en aeronaves nacionales durante su vuelo por espacios aéreos a los que se extiende la jurisdicción española no son de los cometidos fuera del territorio nacional, resultando competentes los Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales en su caso.

[4] Artículo 23.1 de la LOPJ, "En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte".

[5] Consulta n.º 1/1986, de 14 de febrero, sobre jurisdicción y competencia para conocer de los delitos cometidos en aeronaves españolas durante la navegación aérea.

3. Competencia territorial

No existe con carácter general norma alguna especial al respecto y por lo tanto se estará a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la teoría de la ubicuidad consagrado por el TS[6] conforme a la cual el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado.

Para el caso de delitos cometidos en vuelo, que hemos dicho en el apartado anterior, son delitos cometidos en territorio nacional, la competencia territorial se determinará por el lugar del primer aterrizaje de la aeronave en territorio nacional.

V. CUESTIONES CONCURSALES ESPECÍFICAS DE ESTE DELITO

1. Concurso de normas

Es posible que surjan problemas concursales entre el delito de sedición regulado en la Ley 209/1964 y otros tipos penales previstos en el Código penal, no ya con el delito genérico de sedición previsto en dicho código, si no con otros, como coacciones, amenazas, desobediencia o contra la seguridad colectiva, por citar algunos a modo ejemplificativo.

En este caso con carácter general el artículo 8,1 del Código Penal dispone en primer lugar, que los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, el precepto especial se aplicará con preferencia al general.

Pero además conforme al artículo 3 de la Ley 209/1964, cuando los hechos perseguidos sean susceptibles de calificación con arreglo a dos o más preceptos de esta Ley o de otras, el Tribunal podrá aplicar aquel que asigne mayor pena al delito o falta cometidos. Preste atención el lector en que el precepto emplea el término "podrá", no utiliza el imperativo, con lo cual parece quedar a criterio del tribunal, la norma de más conveniente aplicación según el caso concreto.

Interesante resulta también alguna jurisprudencia menor[7] que considera que aquellos supuestos que no afectan a la seguridad de la navegación aérea o que ni siquiera logran poner en peligro este bien jurídico impende la aplicación de la norma especial, lógico decimos.

[6] STS 1/2008 de 23 de enero.
[7] SAP de las Islas Baleares de 20 de febrero de 1999

Conviene por último reseñar que la mencionada regulación por la cual se aplicaría en caso de concurso el delito sobre el que recae mayor pena, ha sido criticado por algunos autores entre los que destacamos a LÓPEZ LORCA[8], que considera no existe ninguna justificación de carácter material para aplicar el delito con pena más grave, sobre todo teniendo en cuenta que la Ley 209/1964 es una Ley preconstitucional, por lo que esta solución concursal plantearía importantes problemas en relación al principio de legalidad, proporcionalidad e intervención mínima

2. Concurso real

La ley 209/1964 prevé en su artículo 27 una especialidad en cuanto a la comisión de otros delitos relacionados con el delito de sedición, determinando que si durante la sedición o con ocasión de ella se cometen otros delitos, serán éstos castigados también con arreglo a la Ley en que estén comprendidos.

VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Distinguimos por un lado el delito de sedición propio del apartado 1 del artículo 20 de la Ley y el llamémosle impropio regulado en el segundo apartado.

Respecto al delito de sedición, el sujeto activo del delito debe serlo necesariamente las personas que tiene respecto a la aeronave un vínculo determinado, concretamente deberá tratarse de tripulantes, pasajeros o empelados, estos últimos pueden serlo tanto de la compañía aérea como de los aeropuertos o cualesquiera clases de compañías que concurran activamente a hacer posible la navegación aérea. Cierto que el precepto no indica de qué tipo de empleados debe tratarse y que la interpretación del Derecho penal siempre ha de ser restrictiva, pero llegamos a esta conclusión toda vez que el ámbito material del delito según el propio artículo lo es tanto la aeronaves como el aeropuerto.

Los terceros que no cumplan dicha condición solo podrán ser partícipes del delito en concierto con los anteriores, si bien ello no excluye la autoría por la vía de la cooperación necesaria.

En cuanto al delito de sedición impropio solo puede ser cometido por la tripulación de aeronaves o los empleados de aeropuertos.

[8] LÓPEZ LORCA, Beatriz, Los delitos contra la seguridad aérea en la reforma penal del año 2010, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2015, p. 38.

Según el artículo 11 de la Ley constituyen la tripulación todas aquellas personas que, mediante contrato de trabajo u otra adscripción legal o reglamentaria, presten servicio a bordo de la aeronave, con inclusión del Comandante.

Ambos delitos no pueden ser cometidos por un solo individuo, se requiere un número de individuos que permitan deducir de su actuación una actividad organizada.

En ambos tipos penales resultan posibles todas las formas de participación.

Sería dudosa la aplicación del delito de encubrimiento, por no estar tipificado en la propia Ley.

En el artículo 24 de la Ley se regula un tipo especial de autoría por omisión castigando a los tripulantes de aeronave o empleados de aeropuerto que no cooperasen con sus superiores para reprimir la sedición. Como vemos se establece una obligación de actuación activa contra la sedición, no basta no participar en ella, sino que deben hacer todo lo posible por su parte para reprimirla. Pero eso si para incurrir en el tipo será preciso, que exista previamente un intimación u orden por los superiores a actuar de una determinada manera.

Por otro lado en el artículo 26 se recogen dos excusas absolutorias, por las que quedaran exentos de responsabilidad:

a) Los meros ejecutores que se sometan a la primera intimación que se haga.

b) Los que hallándose comprometidos a perpetrar el delito, lo denuncien a sus superiores, en tiempo hábil para evitarlo.

Evidentemente se trata de una decisión de política criminal con la finalidad de evitar que el delito llegue a consumarse.

VII. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA

1. El delito de sedición propio.

Se trata de un delito de intención o de tendencia como también se ha dicho, no de resultado, y por tanto no es necesario para su consumación que el resultado querido llegue a producirse.

La conducta consiste en el hecho de alzarse colectivamente, de ahí lo comentado en el apartado anterior en cuanto a la imposibilidad de que el tipo sea cometido por un solo individuo.

Alzarse es levantarse faltando a la obediencia debida y legítimamente constituida, acto de revuelta o rebelión contra el poder o la legalidad establecida, en este caso la que corresponde a las autoridades aeronavales previstas en la legislación correspondiente.

Por otro lado el alzamiento no requiere necesariamente del empleo de fuerza física, siendo suficiente la intimidación con la finalidad de que se avengan a lo querido por lo sediciosos.

El alzamiento debe serlo para alguna de las tres finalidades que prevé la Ley;

a) Oponerse al cumplimiento de órdenes que dicten el Comandante de aeronave o Jefe de aeropuerto, en uso de sus atribuciones.

b) Impedirles el libre ejercicio de sus funciones o ejecutar con otro fin coacción sobre ellos.

c) Realizar algún acto de odio o venganza en sus personas o bienes.

El delito siempre será doloso, al tratarse de un delito de intención, no cabiendo la culpa. El autor persigue las finalidades mencionadas y debe ser consistente plenamente de la finalidad perseguida

Por último téngase en cuenta que si se llega a producir el apoderamiento de la aeronave por parte de los sediciosos, como veremos más adelante, podrán traspasarse los límites de este tipo y entrar de lleno en el delito contra el derecho de gentes previsto en el artículo 39 de la misma Ley.

2. El delito de sedición impropio

Se castiga a los miembros de la tripulación de aeronaves o empleados de aeropuertos que, en número suficiente para perturbar el servicio, abandonen colectivamente sus funciones en la aeronave o el aeropuerto, en actitud de protesta, desobediencia coactiva o represalia contra el Comandante o Jefe respectivo

Al igual que ocurre en el tipo de sedición propia visto en el apartado anterior tiene que haber concierto de voluntades, aquí con el plus añadido de que lo sea “en número suficiente”, lo que requiere que los que se suman al abandono de funciones sean los suficientes para que efectivamente pueda perturbar el servicio, que es la intención necesaria de cada uno de los autores que debe concurrir para la imputación.

Téngase en cuenta que ni el delito de sedición ni el de abandono del servicio exigen como presupuesto del tipo que se produzca el cierre del espacio aéreo, basta que se cause una perturbación del servicio público, perturbación que ha de ser, eso sí, importante con grave perjuicio de la navegación y ello sin perjuicio de las agravaciones que luego veremos. La mera perturbación del servicio público no es delito[9].

Conviene señalar que por diversos autores como ya adelantamos más arriba, se ha indicado que el tipo penal de que tratamos, debe entenderse derogado por inconstitucionalidad sobrevenida o en todo caso una interpretación conforme a la constitución requiere que una intención específica de subvertir la seguridad del Estado.

No obstante el Tribunal Supremo[10] como ya adelantamos, ha concluido afirmando la plena vigencia de la Ley sin exclusión de este tipo penal.

Finalmente debemos recordar la existencia el artículo 409 del Código Penal que castiga a "las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público", que ha sido precisamente utilizado en ocasiones como un argumento más para mantener la inconstitucionalidad de la sedición que aquí tratamos. Pues bien de no mantener dicha posición, lógicamente la cuestión se resolverá a favor del tipo especial.

3. Tipos agravados.

Se recogen en el artículo 21 de la Ley y son las siguientes;

a) Si el hecho se comete con la intención de interrumpir la navegación o de variar la ruta.

b) Si los tripulantes llegan a apoderarse de la aeronave o ejercer mando sobre la misma.

c) Si se produce la sedición en el extranjero o determina, por su trascendencia, la intervención de la fuerza pública del país.

d) Si los sediciosos están armados.

e) Al jefe de la sedición, en todo caso.

En cuanto a la agravación señalada en el punto b) y respecto a la limitación con el delito previsto en el artículo 39 del mismo cuerpo legal, consistente en el apoderamiento

[9] Auto AP Islas Balares de 10 de mayo de 2017.
[10] STS de 25 de octubre de 1996 y de 15 de febrero 2000.

de la aeronave, dichos límites lo tendremos en un uso de violencia o intimidación añadido a las circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado, en cuyo caso estaremos ante este último tipo penal.

En cuanto a los jefes el artículo 23 de la Ley, nos dice quienes considerada como tal, si no fuese posible identificar al que lo sea de hecho, lo será el Oficial de la aeronave o empleado de aeropuerto de mayor categoría o antigüedad que intervenga en la comisión del delito.

4. Sedición omisiva

Se regula en el artículo 24 de la Ley al castigar a los tripulantes de aeronave o empleados de aeropuerto que no cooperasen con sus superiores para reprimir la sedición y del que ya hemos comentado al hablar de la autoría y participación.

5. Tipo especial negligente

Se castiga en el artículo 25 de la Ley la negligencia en la represión de la sedición por el Comandante de aeronave o Jefe de aeropuerto.

Se trata de un tipo imprudente con un sujeto activo limitado al que se le exige una determinada actuación en la represión de la sedición.

Es evidente que estamos ante una norma penal en blanco, como por otra parte lo son la mayoría de estas clase de delitos, en que para analizar la posible incursión en la negligencia habrá que acudir a las normas y protocolos de actuación reglados de que dispongan las autoridades en orden a la actuación que deben seguir ante situaciones de las que dan lugar a la comisión del delito.

VIII. CONSECUENCIAS DEL DELITO

Las penas previstas para el delito de sedición en la Ley 209/1964 es la de prisión menor.

En el caso de las específicas agravantes que hemos visto la pena irá de prisión menor a prisión mayor

Si se trata de meros ejecutores la pena se le impone en su grado mínimo.

La no cooperación con los superiores en la represión, conlleva arresto mayor o suspensión

El tipo negligente que hemos visto suspensión o multa.

Como vemos el tipo de penas que se utilizan son las correspondientes al derogado código penal de 1.973, por lo cual habrá que acoplar esas penas al sistema actual y para lo cual disponemos de la Disposición transitoria undécima del Código Penal que dispone las equivalencias correspondientes. En cuanto a las que afectan al delito que estudiamos, son las siguientes;

a) La pena de prisión mayor equivale a prisión de tres a ocho años.

b) La pena de prisión menor equivale a prisión de seis meses a tres años.

c) La pena de arresto mayor equivale a arresto de siete a quince fines de semana.

En este último caso y dado que la pena de arresto de fin de semana también ha desaparecido de nuestro Código Penal, se entenderá hecha al remisión a la pena de localización permanente, con el límite, teniendo en cuenta que cada fin de semana equivalía a dos días de privación de libertad, en el supuesto concreto que estudiamos en pena de 14 a 30 días de localización permanente.

En cuanto a la suspensión se regula en la misma Ley 209/1964 en su artículo 4, viene referida al título profesional o aeronáutico y será de seis meses y un día a seis años en el caso de pena grave y hasta seis meses en el de pena leve.

En cuanto a las multas previstas en la Ley 209/1964 se prevén las graves de 30,000 a 300.000 pesetas y las leves cuantías inferiores a 30.000 pesetas.

En este caso la equivalencia establecida por la mencionada disposición transitoria es;

a) La pena de multa impuesta en cuantía superior a cien mil pesetas, equivale a multa de tres a diez meses.

b) La pena de multa impuesta en cuantía inferior a cien mil pesetas, equivale a multa de dos a tres meses.

IX. CONCLUSIONES

La regulación del delito de sedición en la navegación aérea, lo que extiendo al conjunto de los delitos contra la navegación aérea, entiendo que es posible hoy día llevarla a cabo dentro del propio Código Penal, de hecho ya tenemos en nuestro código delitos claramente relativos a la navegación aérea como es el caso de la piratería, la

especialidad actualmente resulta innecesaria y solo lleva a la confusión y problemas interpretativos de todo orden, empezando por su propia vigencia.

De hecho y desde un punto de vista práctico, los importantes acontecimientos que tuvieron lugar en el año 2.010, por el cual un número importarte de controladores aéreos recayeron repentinamente en situación de baja laboral por enfermedad, pudiendo incurrir en el tipo previsto en el artículo 20 párrafo segundo que hemos estudiado, no llego a nada, en muchos supuestos no por motivos de fondo sobre la calificación de los hechos, si no por cuestiones de pura interpretación normativa.

Insistiendo en la postura, se entiende que la seguridad de la navegación aérea y el servició público que representa la navegación, deben y pueden tener encaje en los títulos del Código Penal relativos a la seguridad colectiva, el orden público y el Derecho de gentes según el caso.

La actualización esperada desde 1984 que tenía que tener lugar en el plazo de un año no ha llegado, por lo cual aprovechando el retraso lo oportuno sería derogar esta regulación especial e introducir en nuestro Código Penal aquellas conductas que resulten necesarias penalizar en base a los Convenios en la materia firmados por España.

Las peculiaridades de la navegación aérea, con ser importantes, no lo son de tal magnitud que haga imprescindible una ley especial, hay muchas otras actividades en las que también está involucrado el orden público y la seguridad colectiva, véase por ejemplo toda la cuestión nuclear y no por ello se considera necesaria una regulación aparte, hace ya tiempo que se dedujeron las ventajas de un cuerpo penal único, por lo que desde aquí se aboga por la introducción definitivamente de toda esta materia en el actual Código Penal.

* * * * * *

Rosario Barrado Castillo

Abogada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Socia de la FICP.

~La dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23/01/2018~

Resumen.- La dispensa de la obligación de denunciar y declarar se encuentra regulada en los arts. 261 y 416 LECrim., y está justificada por la existencia de intereses contrapuestos que pueden llegar a darse en los parientes de las personas investigadas en un proceso penal con respecto a la obligación de revelar una conducta ilícita como ciudadano, y el respeto al afecto y lealtad hacia congéneres de su familia. Y a este respecto, el acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo del pasado 23/01/2018 ha venido a consolidar dicha dispensa procesal.

I. ALCANCE DEL ART. 416 DE LA L.E.CRIM.

La Constitución española proclama en su artículo 24.2, que "la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

En ese mismo precepto constitucional queda recogido que la **prueba**, para entenderse como tal en un procedimiento judicial penal, debe ser bastante como para romper con el principio de **presunción de inocencia** (art. 24 CE) y su apreciación debe ajustarse a los principios procesales en orden a establecer una valoración razonada, en cumplimiento de lo previsto en el art. 120.3 de la Constitución Española. Precisamente para evitar la infracción del derecho de interdicción de la arbitrariedad a fin de no llegar a un resultado de condena fundamentado en una valoración injusta.

La prueba desarrollada en juicio resulta inmune a la revisión casacional, en lo que respecta a la inmediación, pero sí es revisable en lo relativo a la argumentación del razonamiento de su valoración.

El legislador, de conformidad con dicho precepto (art. 24 CE) exime de la obligación de declarar conforme al artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al familiar del procesado y manda al Juez instructor que le advierta de tal derecho. La exención de la obligación de declarar se reitera en el **artículo 707 L.E.Crim**. para el momento del juicio oral. La exención tiene su justificación en el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar el silencio. El mismo fundamento es también el que justifica la exención de responsabilidad penal ante la eventual

imputación de responsabilidad criminal a título de encubrimiento, conforme se determina en el artículo 454 del Código Penal.

La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio en contraposición a la obligación de prestar testimonio, se encuentra algunas veces en los vínculos de lealtad y solidaridad entre el testigo y el imputado, en consonancia con la protección que se dispensa a las relaciones familiares en el artículo 39 de la Constitución, y en otras ocasiones se fundamenta en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución. Se legitima dicha opción de guardar secreto procesal, en el ámbito familiar.

En algún supuesto, como en el caso de las STS 1062/1996, de 17 de diciembre y STS 331/1996, de 11 Abril, se ha proclamado el dudoso principio de que el precepto contenido en el art. 416.1 LECrim. está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo y de ello se desprende la ausencia de la obligación de declarar. Desde luego, pese a la ausencia de desarrollo específico de la previsión constitucional de exoneración de la obligación genérica del artículo 118 de la Constitución, no es cuestionable la conciliación de aquella con los compromisos derivados de la Convención Europea de Derechos Humanos y por ello está consagrada por el Tribunal Europeo en diversas sentencias[1].

No cabe comparar la opción de acogerse el testigo pariente a la dispensa de no prestar declaración, que opera como una excepcionalidad de la norma, en sus efectos de no integrar el material probatorio del proceso, con el puntual derecho a no declarar del acusado, que se agota en cada oportunidad y sin afectar al resultado de las decisiones adoptadas en otros momentos, previos o posteriores.

En definitiva, reconocido, con base en las razones que ya han quedado expuestas, el derecho de la denunciante a eximirse de prestar declaración en el acto del Juicio oral, haciendo uso de la dispensa que al respecto le otorga el artículo 707 de la Ley procesal, en relación con el 416.1 de ese mismo Cuerpo legal, con la clara y voluntaria intención de que sus manifestaciones no constituyan elementos de incriminación contra su esposo. En tal sentido, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo consideran

[1] Casos Kostovski, TEDH S, 20 Nov. 1989; caso Windisch, TEDH S, 27 Sep. 1990; caso Delta, TEDH S, 19 Dic. 1990; caso Isgró, TEDH S 19 Feb. 1991 y caso Unterpertinger, TEDH S, 24 Nov. 1986). El TEDH, en este último caso, para proteger a testigo evitándole problemas de conciencia, considera que un precepto que autorice al testigo a no declarar en determinados casos no infringe el art. 6.1 y 3 d) del Convenio.

que la **declaración de la víctima** puede tener por sí sola valor de prueba testifical suficiente para conculcar el principio de presunción de inocencia, siempre que se practique con las debidas garantías. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con otros delitos no relacionados con la violencia de género, no tiene en cuenta el testimonio único de la víctima como **prueba de cargo suficiente** a la hora de dictar una sentencia condenatoria, ya que se exige la existencia de otras pruebas de carácter objetivo, tales como informes médicos, psicológicos, sociales, testigos de referencia y otros.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el artículo 416 dispone que están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en líneas directas ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes del número 3 del artículo 261[2].

Esta **dispensa de la obligación de declarar**, tal y como se apunta en la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 134/2007 de fecha 22 de febrero y otras como la STS de 26 de marzo de 2009, se justifica en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes de un mismo círculo familiar, incluido los miembros de la pareja de hecho:

> «*La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado» (sic).*

Se trata de un derecho renunciable en cualquiera de las fases en las que deba informarse a la testigo/víctima: fase policial, de instrucción judicial o en el acto del juicio oral.

Esta premisa procesal tiene su máximo exponente en el ámbito de la violencia de género, en el que la jurisprudencia en los últimos tiempos ha venido consolidando su determinación, no permitiendo valorar las declaraciones de la víctima incluso cuando no se había acogido a la dispensa. Pero con este acuerdo del alto tribunal queda resuelta la

[2] Artículo 261 L.E.Crim. modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito («B.O.E.» 28 abril) y actualmente consta de dos apartados. *Tampoco estarán obligados a denunciar: 1. º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad. 2.º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive***.**

cuestión. Así, el Tribunal Supremo determina que una vez acogida a la dispensa, ninguna declaración anterior será rescatable en el proceso.

Esta cuestión es especialmente relevante en el ámbito de violencia sobre la mujer. El art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, preceptúa que las víctimas de violencia contra la mujer contempladas en la ley tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia; así como a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. Resulta habitual que la víctima actúe personada como acusación en el inicio del proceso. Y deviene en algo inusual que posteriormente decida no continuar ejercitando la acción. El hecho de haber actuado como acusación en alguna de las fases procesales ¿implica la desaparición de la dispensa del deber de declarar? La STS 1010/2012, de 21 de diciembre, anterior al Acuerdo de Pleno de 24 de abril de 2013, declaraba la validez de la dispensa ejercida al amparo del artículo 416 LECrim, pese a que la víctima había comparecido en el juicio oral asistida de letrado. La STS 449/2015, de 14 de julio, posterior ya al acuerdo e invocada por el Fiscal, analiza la denuncia por la valoración de la declaración de la víctima familiar pese a no haber sido realizada por el Presidente del Tribunal la advertencia de la dispensa a que podía acogerse, (art. 416 LECrim).

Esta duda interpretativa de la dispensa obedece a que, en los casos en que en el proceso penal haya unas declaraciones en fase policial o sumarial que no sean reproducidas en el acto del juicio, bien porque se guarde silencio, o bien porque resulten contradictorias con las operadas en el sumario, cuando el testigo/familiar se acoge a su dispensa a declarar, se elimina la posibilidad de valorar declaraciones anteriores.

Así, el acuerdo referido acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 23/01/2018, recoge literalmente:

> *El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM,* ***impide rescatar o valorar anteriores declaraciones*** *del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.*

Se trata de un aspecto procesal de suma importancia, ya que en los casos del delito de **violencia de género**, la **prueba elemental** de cargo suele ser la de la testigo/víctima. Pero en general, en cualquier otro tipo de delito común, también tiene su especial

relevancia, puesto que en aquellos supuestos en los que se decida libremente declarar por parte del familiar/testigo del investigado, lógicamente constituirá un elemento probatorio crucial.

El acuerdo recoge igualmente aunque en sentido negativo la posibilidad de acogerse a dicha dispensa de declarar, cuando refiere el segundo apartado:

> *No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición***.**

Con dicho pronunciamiento jurídico, en relación al derecho de dispensa, se opta por una interpretación de máximos en relación a su alcance, en la línea de facilitar una interpretación más favorable para el reo, puesto que la ejercitación de dicho derecho que deber estar prevenida por la expresa advertencia del Juzgador, comporta un recorte a las posibilidades de la acusación, recortando la incriminación del encausado.

Precisamente, el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) impone que la carga de la prueba de los hechos denunciados recaiga en la acusación. Para lo que resulta necesario una **mínima actividad probatoria**, realizada con las garantías necesarias y referida a todos los elementos esenciales del delito imputado, al tiempo que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (entre otras la STC 26/2010 de 27 de abril). Siguiendo a Guasp[3], la prueba actúa como el vínculo que une el proceso con la realidad, que enlaza el proceso con el conjunto de verdades materiales que deben ser reflejadas en el juicio para que éste cumpla eficazmente su función.

En cuanto a los medios de prueba, resultan procesalmente operativos los recogidos en las leyes de enjuiciamiento tanto penal como civil, distinguiéndose entre los medios de prueba personales y los medios de prueba reales. Así, son medios de prueba personales los que se refieren a las personas y comprenden tanto la declaración del acusado, como la prueba testifical y la prueba pericial. Por el contrario, los medios de pruebas reales se refieren a las cosas y versan básicamente en la prueba documental, así como la inspección ocular y registros.

[3] GUASP DELGADO, Jaime. Concepto y método de Derecho Procesal, ed. Civitas, Madrid, 1997.

II. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE 23/01/2018.

En el ámbito de los delitos fuera de la violencia de género, también tiene su significativa implantación la dispensa a declarar del art. 416 L.E.Crim. Así lo ha venido plasmando la jurisprudencia con anterioridad al último acuerdo del presente año, en numerosas sentencias.

La decisión del testigo/familiar en el acto del Juicio Oral a prestar declaración o no, supone un acto propio que debe ser libremente tomada, y cuyo respeto debe imponerse en el proceso. Si aquél decide abstenerse de declarar contra el encausado, de conformidad con lo previsto en el **art. 707 de la LECr**, en relación con el **art. 416 de la LECr**, comporta ejercitar una dispensa prevista en la ley, que deberá ser respetada por el Tribunal hasta el punto de no poder tener en cuenta la valoración sumarial de cualquier otra declaración anterior del mismo. Es más, el hecho de no haber manifestado dicha dispensa a declarar en el sumario, no cercena la posibilidad de hacerlo con posterioridad, ni supone la renuncia a decidir abstenerse a declarar como testigo en el momento del juicio oral, que es donde realmente puede considerarse prueba formal con valor probatorio para poder conculcar el principio de presunción de inocencia.

La declaración del testigo prestada a lo largo del sumario, tiene una naturaleza diferente a la declaración prestada en el juicio oral. La primera no conlleva naturaleza probatoria capaz de desvirtuar el principio de inocencia, mientras que la testifical en el juicio oral sí comporta dicha connotación probatoria. Por ello, existe la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de prestar testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de la dispensa, concedida a precisamente, a prevención de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado.

En consecuencia, una vez admitida la decisión de no declarar contra el encausado en el acto del juicio oral, resulta imposible valorar de cualquier declaración sumarial. En rigor, la dispensa así manifestada en dicha vista oral, no erradica la existencia de **declaración sumarial** ni su validez; ésta concurre al expediente judicial como diligencia judicial practicada formalmente, pero su valor probatorio queda invalidado como verdadera prueba de cargo cuando se ejercite la dispensa en la posterior

declaración judicial ante el Tribunal en el propio **acto del juicio oral**, puesto que de lo contrario, se dejaría sin eficacia alguna la dispensa así ejercitada.

Así, ya la STS 31/2009[4] invalida como prueba de cargo la exploración de una menor obrante en fase sumarial, celebrada ante el Juez Instructor en presencia del Ministerio Fiscal en la que se detallaba extensamente las relaciones sexuales mantenidas incitada u obligada por su madre, cuando posteriormente la referida testigo, ya mayor de edad en el acto del juicio oral, manifiesta su expreso deseo de no prestar declaración.

Recoge igualmente dicha sentencia que tampoco resulta válida la incorporación de la declaración testifical prestada en fase sumarial, a la actividad probatoria del juicio oral en virtud del art. **730 de la LECrim**. que permite que se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral.

El referido artículo supone la posibilidad de dar eficacia probatoria a una diligencia sumarial, como excepción al principio básico de que la prueba debe ser practicada en la fase del juicio oral en el que deben concurrir los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Y por ello, debe ser usado con carácter excepcional. Para ello debe resultar irreproducible en la vista oral, como en el caso de una inspección ocular realizada durante el sumario, o en el supuesto de desaparición o fallecimiento sobrevenida de un testigo.

Así previsto, el art. 730 parte de la premisa de la no comparecencia del testigo que declaró en el sumario, resultando irreproducible su declaración. Pero en el caso en el que el testigo decide libremente acogerse a la dispensa de no declarar en el acto del juicio oral, no puede entrar en juego la previsión del citado artículo. Dicho criterio interpretativo ha sido mantenido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencias como STS de 26 de noviembre de 1973; manteniéndose en el tiempo como en STS de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre de 2000; y 12 de junio de 2001, **no permitiendo la lectura** de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar.

Precisamente en virtud de los citados principios de orden penal, con respecto a la inmediación, contradicción y publicidad, debe desdeñarse la incorporación de la

[4] STS 31/2009, de 27 de enero. Ponente: Prego De Oliver Tovas, Alfonso.

diligencia sumarial el **art. 714** que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el juicio oral.

Este artículo está previsto para contrastar la exactitud de la declaración testifical en el acto del juicio oral, sobre los detalles que explique el testigo en su posible contradicción. Lo que claramente no ocurre en la no declaración judicial del testigo pariente que decide acogerse a su derecho a no declarar, dado que no existe contradicción alguna entre lo declarado en el sumario y lo no declarado en la vista oral.

Resulta igualmente destacable la **STS 000/2010**[5], por la que igualmente se virtualiza la prevalencia de la dispensa del art. 416, en detrimento de la premisa procesal prevista en el **art. 730** de la L.E.Crim.

En el supuesto contemplado en dicha sentencia, a pesar de no existir ninguna prueba directa más que las declaraciones prestadas por la denunciante ante la policía y su ratificación en el juzgado de instrucción, la Audiencia, tras proceder a su lectura en el acto del juicio, con aplicación del artículo 730 de la ley procesal, entendiendo encontrarse ante un supuesto de imposibilidad de práctica de la testifical en el plenario, decide otorgarles valor probatorio y dicta sentencia condenatoria al acusado por los delitos juzgados, pese a que aquella manifestó su expreso deseo de no prestar declaración en el acto del juicio oral.

La Sala estimó la dispensa del artículo 416.1 de la ley procesal en relación al art. 707 dado el acusado era su esposo. No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no le impide su ejercicio posterior.

Pone de relieve esta sentencia cómo ya el El Tribunal Constitucional, pese a inadmitir la cuestión de constitucionalidad que se le presentaba, en su Auto 187/2006, de 6 de junio, acertó a recoger *(…) Al respecto hemos de convenir con el Fiscal General del Estado en que no puede aceptarse que la* ***convivencia*** *se erija en ratio de la excepción regulada en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa* ***con independencia de que exista o no una convivencia efectiva*** *con el procesado*.

[5] STS 459/2010, de 14 de mayo. Ponente: Maza Martín, José Manuel.

Precisamente, partiendo de dicha premisa la sentencia justifica cómo no concurre imposibilidad de practicar la prueba testifical en el acto del juicio oral, sino que detalla cómo lo que existe es el ejercicio de un derecho legalmente establecido a favor de la testigo declarante, máxime cuando la Audiencia inconsecuentemente, no apercibió a la testigo de obligación a declarar, como hubiera sido necesario para afirmar que se agotaron realmente todas las posibilidades de llevar a cabo la práctica de la prueba que, recordemos una vez más, era la esencial de que se disponía para la imposición de unas penas de importante cuantía.

E igualmente consagra esta sentencia que *tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECrim. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral*.

El art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el sumario, resultando irreproducible su declaración. Pero su aplicación no cabe cuando la falta de declaración del testigo en el juicio oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido legalmente, estando el testigo presente en las sesiones de dicha vista oral. No concurre en tal caso la *imposibilidad jurídica* prevista en su tenor literal.

Este argumentado en la histórica STS de 26 de noviembre de 1973, ha sido mantenido posteriormente en las STS de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre de 2000; y 12 de junio de 2001[6], en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que posteriormente en el juicio oral hace uso de su derecho a no declarar.

[6] En idéntico sentido STS de 5 de Marzo de 2010 y SsTS de 17 de Diciembre de 1997 y 27 de Noviembre de 2000 o las del Tribunal Constitucional 331/96, de 11 de Abril, y 1587/97, de 17 de Diciembre (…) *en orden a que no puede leerse una declaración sumarial de un testigo cuando éste hace uso de su derecho a no declarar en el acto del juicio oral.*

III. JURISPRUDENCIA DEL ART. 416 L.E.CRIM. EN RELACIÓN AL ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE SALA DE 24 DE ABRIL DE 2013.

Resulta significativa la **STS 449/2015**[7]**, de 14 de julio** por la que se confirma la condena, aun cuando en la instancia, la Sección III de la Audiencia Provincial de Oviedo condenó al acusado como autor del delito de agresión sexual a su pareja con la que había convivido los tres años anteriores, pese a la no advertencia a la víctima de las prevenciones del art. 707 de la L.E.Crim en sus declaraciones judiciales, motivo por el que la defensa de aquél instó el debido recurso instando consecuentemente la exclusión de sus declaraciones en el acervo probatorio del proceso.

El razonamiento jurídico pone de relieve que el art. 416-1º de la L.E.Crim. declara exentos de la obligación de declarar, entre otras personas a "la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial" con el agresor. Exención que tiene naturaleza constitucional como se acredita con el art. 24-2º, último párrafo, de la Constitución.

La cuestión es decidir, es si la víctima de violencia de género que ha iniciado ella misma el expediente judicial con su denuncia puede ampararse con posterioridad en la dispensa de la obligación de declarar tanto durante la instrucción como en el plenario, y determinar la validez que pueda tener su declaración incriminatoria al no haber sido previamente advertida de su derecho a no declarar.

A tal respecto hay que poner de relieve que la jurisprudencia del alto tribunal no ha sido uniforme, existiendo algunas sentencias que llegaban a resultados diversos y por tal motivo, surge el **acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013** para establecer una mayor seguridad jurídica en la uniformidad de la interpretación del precepto.

Así, partiendo de que la justificación de tal exención se encuentra en el conflicto existente entre el deber legal de decir la verdad y el derecho derivado del vínculo afectivo familiar o asimilado existente entre agresor y víctima, se adopta dicho acuerdo constituyendo la posición definitiva "la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416-1º L.E.Crim. alcanza a las personas que **están o han estado unidas** por

[7] STS 449/2015, de 14 de julio. Ponente: Gimenez García, Joaquín.

alguno de los vínculos a que se refiere el precepto", exceptuándose únicamente los supuestos en que hubiera cesado el matrimonio o la convivencia y el caso en que la víctima estuviera personada como acusación particular[8].

Algunas sentencias como las de fecha 26 de Abril y 30 de octubre de 2013[9], aplicaron la doctrina que se derivaba de tal Acuerdo siendo de señalar, que en caso de omisión de la información de la dispensa de declarar, ex art. 416-1º L.E.Crim. a la persona concernida, ello no llevaría *sic et simpliciter* a la nulidad del juicio, sino solo a la **nulidad de la declaración** concernida por lo que la condena podía ser mantenida de existir **otras pruebas de cargo** suficientes.

En concreto, en la meritada sentencia expuesta, se recogió que *si bien es cierto que en el inicio de la causa penal, **no se le informó de su derecho a no declarar** ex art. 416-1º L.E.Crim. con motivo de su declaración en sede judicial el día 7 de Julio de 2012. El posterior ejercicio de la Acusación Particular, --y durante un año--, le novó su status al de testigo ordinario, el que mantuvo, aún después de que renunciara al ejercicio de la Acusación Particular, por lo que su declaración en el Plenario tuvo total validez aunque no fuese expresamente instruida de un derecho del que ella misma había renunciado al personarse como Acusación Particular.*

IV. NUEVA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE LA DISPENSA DEL ART. 416 L.E.CRIM.

La STS de 30 de enero de 2018[10], se hace eco del nuevo enfoque dado a la dispensa del meritado precepto procesal, en la que haciendo expresa referencia a la conocida STS de 27 octubre de 2.004, viene a precisar que el presupuesto de la dispensa del artículo 416.1 es que medie la **obligación de declarar**.

A tal efecto se recoge expresamente que en el supuesto enjuiciado no existe tal presupuesto en la medida que fue *Adela quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan -folio 1- denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son **superfluas** y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el*

[8] Situación ésta última superada con el pronunciamiento del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 23/01/2018.
[9] STS 304/2013 de 26 de Abril y STS 854/2013 de 30 de Octubre.
[10] STS 49/2018, de 30 de enero. Ponente: Berdugo Gomez De La Torre, Juan Ramón.

recurrente. Un examen de las actuaciones pone de manifiesto que tras la declaración/denuncia inicial de la víctima, se le recibió en sede judicial -folio 21- en concepto de perjudicado, a presencia del Juez, Secretario y Letrado designado expresamente por el detenido. Ninguna tacha puede efectuarse a tal declaración que, por ello, es susceptible de ser valorada e integrar la actividad de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia."

Igualmente Por su parte, la STS de 12 de julio de 2.007, destaca como el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un **derecho renunciable** en beneficio de los testigos, pero no de los ***denunciantes espontáneos*** respecto de hechos que les han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección.

No obstante este criterio jurisprudencial, en la actualidad rige la obligatoriedad de la advertencia del art. 707 de la L.E.Crim. tanto en sede policial como judicial y dentro de ésta en cada una de los dos fases del proceso - instrucción y plenario-.

Por ello, la consecuencia de la no observancia de dicha obligación es la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador. Así se acoge igualmente en diversas sentencias, entre las que se hallan SSTS. 28/11/96, 18/4/97, 17/12/97 y 26/5/99 que determinan que es obligación del Juez instructor de un proceso penal **advertir a los testigos** que se encuentren **dispensados** de la obligación de declarar por ser **pariente** del acusado, con la consecuencia de que la declaración prestada sin esta advertencia será nula.

La STS de 20/2/2008, declara la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, al no ser advertida por la policía, ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio.

En la misma línea de protección de los vínculos de solidaridad y lealtad del testigo/familiar con el acusado, y de forma más general, el **artículo 418** de la **L.E.Crim**. exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, bien a la persona bien a la fortuna de cualquiera de los **parientes** a los que se refiere el artículo 416, lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que si esta posibilidad se reconoce a

quien está obligado a declarar, debe igualmente ser reconocida a favor de la persona que declara por propia iniciativa.

Por tal motivo, las declaraciones prestadas contra el acusado por parte de los testigos/familiares sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la L.E.Crim, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse **nulas** y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra aquél.

Ahora bien, cabe destacar que la exclusión de los parientes afines hasta el segundo grado que se recoge en el artículo **261.2 L.E.Crim**, lo es en cuanto a la obligación de **denunciar**, no así a supuestos del artículo 416 que refiere a la dispensa de declarar, tal es así que la remisión que este último precepto realiza el artículo 261, sólo se refiere al apartado 3, referencia a los *afines* que ha sido eliminado en la redacción actual del art. 261.2 por LO 4/2015 de 27.4 del Estatuto víctima del delito.

CONCLUSIONES.

La dispensa de la obligación de denunciar y declarar, regulada en los arts. 261 y 416 L.E.Crim., tiene su fundamento en el **conflicto de intereses** que se crea en los familiares del investigado en un proceso penal, como pugna entre el deber de comunicar las conductas delictivas y el principio de lealtad y afecto hacia la familia. Ese es el verdadero fundamento de sendos preceptos procesales.

El último acuerdo de pleno no jurisdiccional del alto tribunal, de fecha 23 de enero de 2018, viene a zanjar la cuestión debatida en los procesos de violencia de género, sentando el criterio de interpretación de forma *pro reo*, al excusar de dicha obligación de declarar al testigo/familiar que en el acto del juicio oral renuncia a su condición de acusación particular, pese a haberse posicionado como tal en la fase sumarial del procedimiento penal.

*** * * * * ***

Ana Isabel Betrán Pardo

Fiscal sustituta. Licenciada en Criminología. Doctoranda en Derecho Penal. Socia de la FICP.

~Las grabaciones de conversaciones orales directas entre particulares como medio de prueba en el proceso penal~

I. PLANTEAMIENTO.

Resulta claro que uno de los aspectos en los que queda reflejado el avance de la tecnología en la sociedad actual es en el campo de las comunicaciones donde las nuevas tecnologías ofrecen diferentes posibilidades al alcance de cualquier ciudadano que posea un teléfono inteligente cuyo uso comenzó a proliferar en el año 2.007 y desde entonces, el móvil ha pasado de ser una curiosidad a una herramienta útil hasta el punto de que se convierte en imprescindible para millones de ciudadanos. Y aunque no existen datos oficiales, pueden encontrarse informaciones que apuntan a que habría más teléfonos móviles que habitantes. Atrás quedan aquellos tiempos en los que documentar una conversación entre personas requería de un voluminoso aparato difícilmente ocultable, en el que se registraban sonidos de baja calidad y cuya posterior de transposición a un soporte reproducible no resultaba tarea fácil ni accesible. En la actualidad, resulta relativamente sencillo desde un punto de vista técnico interceptar las comunicaciones orales entre personas. Y esa invasión en la privacidad resulta útil para los poderes del Estado en la labor de investigación y descubrimiento de delitos pero no puede descartarse que también pueda servir a fines particulares a cualquier individuo.

Pero para que estas grabaciones puedan tenerse como medios de prueba en un proceso penal, han de revestirse de determinadas garantías y sometidas a ciertos mecanismos de control pues en mayor o menor medida van a afectar siempre a ciertos derechos fundamentales de los intervinientes en la conversación, y más concretamente a reductos de privacidad del individuo que quedan incluidos en su derecho a la intimidad reconocido en el artº 18-1 de la CE, el derecho al secreto de las comunicaciones del artº 18-3 CE y el derecho a no declarar contra sí mismo del artº 24 CE, los cuales han de permanecer incólumes.

La reforma de la LECrim operada por la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha supuesto la introducción por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación exhaustiva sobre la

injerencia del Estado en distintos derechos fundamentales del individuo, reforma que venía siendo reclamada de forma insistente tanto nuestros Tribunales, dándose la circunstancia de que incluso desde el propio TEDH se habían lanzado varios avisos de la urgencia de introducir estas modificaciones legales. Pero en esta reforma, no se contemplan las grabaciones realizadas por particulares ni la validez de la prueba lo que a nuestro juicio supone un claro olvido del legislador, pues si bien ha regulado las condiciones de validez de las interceptaciones de conversaciones orales realizadas por la Policía en cuya autorización interviene un Juzgado o Tribunal, no ha sido el caso de las conversaciones grabadas por particulares. Y como apuntábamos, el teléfono móvil ha pasado de ser un aparato que se limitaba a establecer una conexión bidireccional entre personas a convertirse en un gadget con multiplicidad de funciones, entre ellas, la de grabación de conversaciones, siendo del todo frecuente que sean los particulares a quienes interese que una determinada grabación en cuya obtención no ha intervenido la autoridad judicial tenga acceso al proceso penal, como fuente de prueba en apoyo de sus pretensiones. Así las cosas, resulta cada vez más frecuente, que un particular que tiene intervención en el proceso penal ya sea como sujeto activo o pasivo, ponga de manifiesto en el momento de su comparecencia ante el órgano judicial que posee una grabación de voz que guarda relación con los hechos que se investiga. Este nivel de frecuencia se hace aún más mayor en procedimientos de violencia de género.

Así pues, en las siguientes páginas nos adentraremos en el análisis de los aspectos más relevantes en torno a la utilización de tales grabaciones en un proceso penal y a su validez y sus contornos con el límite del delito de descubrimiento y revelación de secretos.

II. LA GRABACIÓN DE CONVERSACIONES PRIVADAS ENTRE PARTICULARES.

1. Ausencia de regulación legal.

Como decíamos, la L.O. 13/2015 mencionada ha acometido una importantísima reforma en materia de adopción de medidas de investigación que producen injerencias en derechos fundamentales, pero la acción o el hecho de grabar de forma subrepticia conversaciones privadas que se producen entre dos o más personas, ya sea a través de micrófonos ocultos, o de la simple activación de la grabadora de voz de un teléfono móvil no es un hecho que haya sido objeto de atención por el precitado legislador. Y si a ello unimos que tampoco encontraba cobijo legal en la redacción anterior a la reforma

de 2015, el resultado es que como ocurría con anterioridad a la reforma de 2015 seguiremos encontrando situaciones de anomia que una vez más no encuentran otra solución que la voluntarista actuación de unos jueces que tratan de forzar las normas procesales, sometiéndolas a una a veces insoportable tensión, con tal de no ver cómo determinados hechos delictivos de especial gravedad pueden quedar impunes[1].

En realidad, la omisión se debe a que el secreto de las comunicaciones únicamente puede ser sometido a intromisiones a través de una serie de mecanismos totalmente tasados y que solo pueden ser utilizados por el Estado, con la finalidad de mantener una seguridad en los ciudadanos de que cualquier otra intromisión realizada por terceros ajenos a la conversación, no tendrá validez y podrá ser constitutiva de delito de descubrimiento y revelación de secretos del artº 197 CP[2]. La falta de virtualidad probatoria en un proceso penal se la otorga el artº 11-1 L.O.P.J., debido a la ilicitud en cuanto a su obtención. Y sólo en el caso de que existiera buena fe o se tratara de un hallazgo casual o no existiera conexión de antijuridicidad podría utilizarse dicha grabación como prueba. De hecho, el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2.013, en su artículo 13-2, admitía las pruebas obtenidas como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas.

2. Tratamiento jurisprudencial.

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A pesar del olvido del legislador y tratándose de una realidad, la cuestión fue abordada por el Tribunal Constitucional ya en SSTC 114/84, de 29 de noviembre, Ponente Luís Díez Picazo, la cual se considera un hito clásico del Alto Tribunal por ser la primera vez en tratar sobre la invalidez de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales cuando aún no se había aprobado la LOPJ de 1.985 y su artº 11-1[3]. Se pone de manifiesto en la misma que en supuestos en los que de la conversación se deducían datos incriminatorios para el interviniente en la conversación que desconocía que estaba siendo grabado. Según los fundamentos utilizados en la

[1] RODRÍGUEZ LAINZ J.L, Sobre la inconstitucionalidad de las vigilancias policiales mediante micrófonos ocultos. (A propósito de la STC 145/2014, de 22 de septiembre), La Ley, núm. 8438, Diciembre, 2014, p. 2.

[2] ZARAGOZA TEJADA, J.I.,Coord../PERALS CALLEJA, J., Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios y modificaciones introducidas por la Ley 13/2015, p. 514.

[3] ZARAGOZA TEJADA, J.I.,Coord../PERALS CALLEJA, J., Investigación tecnológica y derechos fundamentales: comentarios y modificaciones introducidas por la Ley 13/2015, p. 515.

primera de las sentencias, no puede estimarse vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando el contenido de la conversación es revelado por uno de los que intervienen en la misma pues la Constitución no garantiza *el derecho a la voz* como manifestación específica del derecho al secreto de las comunicaciones. Lo que la Constitución prohíbe es la intervención de la conversación *de otro* sin la preceptiva autorización judicial pero no la captación de la conversación *con otro*. Por ello, cuando se entabla una conversación con una tercera persona, el interlocutor pierde la protección específica que le concede el artº 18-3 CE y en consecuencia, la conversación puede ser revelada por cuanto además, transfiere sus propias manifestaciones, por lo que puede decirse que el que capta la conversación, no aparece vinculado por ningún deber de secreto. Y ello es así, porque cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente a los que escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico[4].

Por tanto, los límites a la actividad probatoria desplegada estarán constituidos por lo que el titular del derecho permitió o dejó de permitir que el otro conociera, siempre, además, que se descarte coerción o intimidación moral en la transmisión del pensamiento o información[5].

b) La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Estos principios recogidos por la jurisprudencia constitucional, ha sido plasmados también en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo.

Así, en la STS 212/1992, Ponente José Antonio Martín Pallín se dice que la la grabación de una conversación que tiene lugar entre dos personas y que uno de los intervinientes desea conservar para tener constancia fidedigna de lo tratado entre ambos no supone una invasión de la intimidad o espacio reservado de la persona ya que el que resulta grabado ha accedido voluntariamente a tener ese contacto y es tributario y responsable de las expresiones utilizadas y del contenido de la conversación que bien se puede grabar magnetofónicamente o dejar constancia de su contenido por cualquier otro método escrito. En todo caso no se trata de una prueba plena en cuanto que su certeza y veracidad puede ser impugnada por la parte afectada, lo que daría lugar a una prueba pericial para comprobar la

[4] STS 114/1984, de 29 de noviembre. BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1.984.

[5] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, CGPJ. Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 471.

pertenencia e identificación de las voces y en todo caso su contenido debe ser valorado libremente por la Sala sentenciadora a la que se ha presentado como prueba.

Y la STS 883/1994, de 11 de mayo, Ponente Enrique Bacigalupo Zapater, fue una de las primeras que se pronunció específicamente por el tema de las grabaciones por particulares de conversaciones propias en un caso de corrupción política. Los argumentos utilizados por la Sala II para dar validez a las grabaciones on varios y se pueden resumir en tres puntos:

1º) Los derechos fundamentales protegen al individuo frente a los poderes del Estado, pero no vinculan a los sujetos privados. Este principio sólo admite excepciones en casos en que exista una fundamentación especial para ello.

2º) No hay vulneración al derecho a la intimidad cuando una persona exterioriza sus pensamientos libremente.

3º) El secreto a las comunicaciones no puede imponer una obligación de discreción o silencio al resto de los ciudadanos.

Por ello, concluye, la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente. La Constitución y el derecho ordinario, por otra parte, no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 de la LECrim. , cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso. Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos.

También la STS 713/1.995 de 30 de mayo, Ponente Joaquín Delgado García, se refiere a esta cuestión y destaca que no constituye una vulneración de la presunción de inocencia o del secreto de las comunicaciones la grabación de una conversación propia por medio de una grabadora que se lleva oculta, pues este derecho no alcanza a aquel con quien se conversa, sino al tercero ajeno a la conversación. Añade esta sentencia que si hay obligación de denunciar los delitos de que un particular tiene conocimiento (arts. 259 y ss. LECrim), ha de considerarse legítimo que el que va a denunciarlo se provea de algún medio de acreditar el objeto de su denuncia, incluso aunque ello sea ocultando el medio utilizado respecto del delincuente a quien se desea sorprender en su ilícito

comportamiento (salvo el caso del llamado delito provocado), siempre que este medio sea constitucionalmente permitido y no integre, a su vez, una infracción criminal.

En la STS 2/98, de 29 de julio, Ponente Joaquín Delgado García, dictada en la causa especial 2530/95, en la que se consideró que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por particulares de conversaciones mantenidas con terceras personas, ya que el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado. Y es en este último aserto se encuentra la clave de esta cuestión, pues la posibilidad de que estas grabaciones obtenidas de forma subrepticia se utilicen como medio de prueba reside en el hecho de que no exista intervención alguna por parte de los poderes públicos, pues en el caso de que se produzca alguna injerencia por parte de los poderes públicos, será necesaria autorización judicial que las dote de legitimidad[6].

En este sentido, en diversas demandas examinadas por el TEDH[7], la Policía se coordinó con un particular para la recogida de pruebas mediante la grabación de las conversaciones con el sospechoso. El TEDH concluye en dichos supuestos la existencia de vulneración del art. 8 CEDH y para ello, realiza una neta diferenciación entre los supuestos en los que los ciudadanos, directamente, sin auxilio de la policía, realizan ese tipo de grabaciones, de los supuestos en los que la Policía pretende reunir pruebas para un proceso penal, y pone a disposición del particular los medios de grabación y controla la obtención de las pruebas preordenadas al proceso penal, pues de ser así, deben quedar sometidas a los mismos requisitos de las intervenciones telefónicas, ya que mantener lo contrario equivaldría a permitir que las autoridades investigadoras eludan sus obligaciones derivadas del CEDH mediante el uso de agentes privados[8].

Pero lo hasta ahora expuesto sirve sólo como punto de partida o como criterio general, pues ha de ser objeto de algunos matices, acudiendo para ello nuevamente a la jurisprudencia, en este caso del Tribunal Supremo, pues en determinadas circunstancias sí que podría suponer una vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo.

Así, en la STS nº 45/14, de 7 de febrero (Ponente: Marchena Gómez, Manuel), se expresa que la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su

[6] En el mismo sentido, STS 9/2017 de 18 de enero, Ponente Luciano Varela Castro o STS 45/2014.
[7] SSTEDH A c. Francia, de 23 de noviembre de 1.993; M.M. v. Holanda, de 8 de abril de 2.003 o Bykov v. Rusia, de 10 de marzo de 2.009.
[8] SÁNCHEZ SISCART, J.M. (COOR.): La nueva regulación de la L.ECrim en materia de investigación tecnológica. Conclusiones. Plan Estatal 2017. Consejo General del Poder Judicial.

impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma, ya sean públicos o privados, pues el derecho posee eficacia *erga omnes*. Pero no hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. El resto de la doctrina jurisprudencial contenida en esta sentencia puede resumirse conforme a lo siguiente:

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución.

Por otra parte, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica, este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Pero quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución.

Desde otra perspectiva debe apuntarse que una cosa es almacenar en un archivo de sonido las conversaciones que pueden servir de prueba de la autoría del hecho que se va a cometer o que se está cometiendo durante el desarrollo de la grabación, pues no se incorpora a la grabación el reconocimiento del hecho, sino las manifestaciones en que consiste el hecho mismo o que facilitan la prueba de su comisión y otra bien distinta es la grabación de un testimonio del que resulta la confesión de la autoría de un hecho ya perpetrado tiempo atrás, pues lo que existe es la aceptación de la propia autoría respecto del hecho delictivo ya cometido y esto, en determinados casos, a la vista de las circunstancias que hayan presidido la grabación , podría generar puntos de fricción con el derecho a no confesarse culpable, con la consiguiente degradación de su significado como elemento de prueba y la reducción de su valor al de simple *notitia criminis*, necesitada de otras

pruebas a lo largo del proceso.

También la STS núm. 652/16, de 15 de julio (Ponente: Conde-Pumpido Touron, Cándido), destaca la doctrina del TS en materia de intervención de conversaciones entre particulares. De entre sus pronunciamientos merece destacar lo siguiente habida cuenta del análisis que refiere de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados:

La grabación subrepticia de una conversación estrictamente privada por uno de los interlocutores no vulnera el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones (a diferencia de las realizadas por terceros que interfieren la conversación de otros, salvo que medie autorización judicial).

Tampoco vulnera el derecho a la intimidad, salvo casos excepcionales en el que el contenido de la conversación afecta al núcleo más íntimo personal o familiar de uno de los interlocutores.

No vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable cuando la conversación grabada pone de manifiesto un hecho delictivo en sí mismo, siempre que se haya realizado de forma espontánea, sin maniobras ni argucias ya que, en este caso también resultaría afectado el derecho a un proceso con todas las garantías esta grabación puede ser utilizada como *noticia criminis* para investigar este delito.

Se vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, siendo la grabación nula como medio de prueba, si se realiza desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo que la grabación estuviera autorizada por la autoridad judicial conforme a los arts. 588 y ss., de la LECrim.

Y la STS 72/2017, de 8 de febrero, Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, trata también la cuestión y declara que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de valorar como prueba de cargo la confesión extrajudicial aunque ha exigido que se incorpore al juicio oral y que sea sometida a debate contradictorio con presencia de aquellos ante quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre este extremo. Por otro lado, no existe una vulneración del derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones por el hecho de que uno de los interlocutores grabe lo hablado en una reunión o en una

conversación telefónica. Pero cuestión distinta es la relativa a si la grabación de una manifestación de una persona en la que reconoce la comisión de un hecho delictivo pasado, puede afectar a su derecho a no confesarse culpable. Tal afectación se ha apreciado, anulando el valor probatorio de las manifestaciones obtenidas en esas condiciones, cuando se realizan ante la autoridad, sus agentes o personas utilizadas por éstos en su investigación, pues en esos casos no es lícito prescindir, directa o indirectamente, de las garantías que la Constitución y la ley establecen para la validez de las declaraciones de los sospechosos o imputados. La cuestión es diferente cuando las manifestaciones se realizan ante un particular, aunque, aun en esos casos, el Tribunal deberá valorar, de una parte, si se han prestado libremente o si han estado condicionadas o determinadas por alguna clase de engaño o ardid de quien las presencia; en segundo lugar, si tal engaño o ardid ha estado encaminado a la obtención de pruebas contra quien se manifiesta; y, en tercer lugar, la relevancia que ese elemento probatorio pueda tener en el caso, valorando el proceso en su conjunto a los efectos de establecer si se ha respetado el derecho a un proceso equitativo, es decir, a un proceso con todas las garantías.

Y para finalizar, haremos referencia a los supuestos de grabaciones de reportajes periodísticos con cámara oculta que pretenden hacerse valer en el proceso penal, declarando la ilicitud de la prueba. Sobre el particular, existen un buen número de sentencias, entro ellas, la STS, 12/2012 que proclama la prevalencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen frente a la libertad, de información pues la utilización de este mecanismo puede entrañar una irreparable lesión de derechos personalísimos del entrevistado que desconocedor de que su imagen y sus palabras están siendo grabadas clandestinamente, llega a conducirse con un grado de espontaneidad que no ofrecería si conociera el verdadero propósito que anima a su interlocutor.

3. Carácter de prueba documental y momento de introducción en el proceso.

La prueba se presenta como el necesario y adecuado instrumento a través del cual el Juez, en el marco de un proceso, entra en contacto con la realidad extraprocesal[9]. La doctrina[10] nos ofrece una completa definición del término prueba cuando dice que prueba es la actividad de los sujetos procesales, dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por

[9] DEVIS ECHANDÍA, H., Teoría General de la prueba judicial. Tomo I, Víctor P. de Zabalía, 5ª edición, Buenos Aires, 1981, p. 13.

[10] GIMENO SENDRA, V./ ALMAGRO NOSETE, J./MORENO CATENA, V./CORTES DOMÍNGUEZ. V., Derecho Procesal, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 443.

el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba, bajo la vigencia, añadiríamos, de los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

Por tanto, cabe afirmar el potencial probatorio de una grabación siempre que se introduzca en el cuadro de prueba mediante el correspondiente medio, en este caso como prueba documental, en condiciones contradictorias y sin perjuicio, obvio es decirlo, de la valoración que pueda otorgarse al mismo, en particular sobre su autenticidad o sobre el alcance de las expresiones utilizadas en la conversación grabada[11].

El documento está definido como tal en el art. 26 Código Penal. "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.[12]"

En cuanto al momento de introducción en el proceso penal, en el caso del procedimiento sumario ordinario y del procedimiento abreviado será en cualquier momento de la instrucción, como prueba anticipada y al inicio del acto del juicio, entendiendo que a ambos procesos resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 785 y 786 LECrim. Y en el caso de los procedimientos por delito leve, habida cuenta de que en los mismos no existe la fase de instrucción, este momento será el de la celebración de la vista oral. No obstante lo anterior, resulta frecuente que si la persona que quiere aportar la grabación sea la persona que denuncia, lo haga ya en el momento de la interposición de la denuncia quedando adjuntado a esta.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el artº 4 que resulta de aplicación supletoria al proceso penal se distingue entre medios de prueba nominados y

[11] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, CGPJ. Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 472.

[12] La doctrina del Tribunal Supremo, al respecto, se recoge nítidamente en la Sentencia de 18-XI-1998, que al comentar el sentido del precepto incorporado a la normativa penal sustantiva por el legislador de 1995 recuerda que *en el debate tradicional entre la concepción latina del documento que lo reduce a la forma escrita y la concepción germánica que admite cualquier base material susceptible de incorporar una declaración jurídicamente relevante escrita o no, la norma se inclina por la concepción germánica más amplia, como ya había efectuado antes un sector de la doctrina española y la jurisprudencia de esta Sala (SS 19-4-1991; 20-·-1992 y 15-3-1994 entre otras): Cabe, en consecuencia cualquier soporte hábil (papel, piedra, madera, cinta magnetofónica, película cinematográfica, disco de ordenador etc.) para fijar datos jurídicamente relevantes, tanto a través de la escritura como de otros medios (fotográficos, cinematográficos, sonoros, informáticos, etc.).*

medios de prueba innominados (artº 299.2 y 382 a 384), tales como la reproducción de la palabra, sonido e imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso y 299.3 cualquier otro medio no expresamente previsto en la LEC.

Frente a la ausencia de regulación acerca de esta materia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la prueba documental de una forma más amplia, debido a su más reciente publicación y se ocupa de ello en el capítulo VI del Título I de su Libro II, bajo el epígrafe De los medios de prueba y de las presunciones.

Concretamente, el artículo 299 de dicho texto legal, al relacionar los medios de prueba, incluye en su número 1, entre los de carácter tradicional, los documentos tanto públicos como privados y en su número 2, como medio de prueba diferente, se refiere a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como a los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otras clase, relevantes para el proceso. Según el Dictamen 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas, estos últimos constituyen un *tertius genus* no fácilmente encuadrable como prueba testifical, ni documental ni pericial[13].

Por otra parte, el artículo 382 LEC, en el apartado 1º se refiere específicamente a la posibilidad de que las partes propongan como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejante, indicando en su número 2º que quien efectúe esta propuesta también podrá aportar los dictámenes o medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes o medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

[13] Dictamen 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas. Disponible en:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Dictamen%20n%C2%BA%201-2016%20sobre%20el%20valor%20probatorio%20de%20las%20capturas%20de%20pantallas.%20Unidad%20Criminalidad%20Inform%C3%A1tica.pdf?idFile=5838c1ef-1b11-49bf-92f4-066d003af630

4. Valor probatorio de una grabación.

Sirva como principio jurisprudencial general que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas tendentes a destruir la presunción de inocencia que vinculan a los tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del juzgador se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes[14].

Y tratándose las grabaciones de una prueba documental, como tal ha de ser valorada por Jueces y Tribunales como cualquier otra prueba con arreglo a las normas contenidas en la LECrim, más concretamente en los arts. 741 y 973, que se refieren a que serán valoradas por el Juez "según su conciencia".

Por otra parte, según la STS núm. 652/16, de 15 de julio antes citada, las manifestaciones realizadas por un inculpado en estas grabaciones no pueden considerarse como confesión de los hechos a los que se refieren. En este caso, puede utilizarse como medio de prueba directa del delito que se reproduce en la grabación y como refuerzo de la declaración testifical de quien la aporta siempre que no haya sido manipulada.

En cuanto a las posibles manipulaciones de la grabación, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo de forma constante que debe excluirse toda lesión de relevancia constitucional derivada de la grabación y ulterior utilización en juicio de lo grabado por uno de los interlocutores. (STC 56/2003, 24 de marzo). Otra cosa distinta será que no conste la autenticidad de lo grabado porque pueda alegarse en juicio que la conversación ha sido manipulada por la persona que la grabó. En este caso la prueba sería lícita pero afectaría a la fiabilidad. Como recoge la STS núm. 298/2013, 13 de marzo (Ponente: Del Moral García, Antonio): «... que una grabación pueda ser objeto de manipulación no empece a que pueda ser aportada como prueba y pueda ser valorada...».

Igualmente, la STS núm. 793/2013, de 28 de octubre (Ponente: Marchena Gómez, Manuel), establece que para determinar si la prueba así obtenida es lícita o debe excluirse del acervo probatorio debe realizarse una ponderación entre los derechos a la

[14] STC 111/1999, de 14 de junio. BOE núm. 162 de 8 de julio de 1999.

intimidad y a la propia imagen y la posible existencia de un fin legítimo, atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad, sólo entonces nos encontraremos en condiciones de poder sacrificar aquellos derechos y admitir la prueba así obtenida o excluirla por su ilicitud. Puede ocurrir que las imágenes captadas por su propio contenido, por el lugar en el que se captan o tiene lugar la entrevista, justifiquen su rechazo pero, en otros muchos casos, estaría justificado el examen en el proceso penal de las imágenes grabadas, con el consiguiente sacrificio del derecho a la intimidad de su interlocutor. El Juzgador deberá optar por una u otra solución y motivarla.

Y en la STS nº 45/14, de 7 de febrero (Ponente: Marchena Gómez, Manuel), se expresa de nuevo que el hecho de que una grabación pueda ser objeto de manipulación no empece a que pueda ser aportada como prueba y pueda ser valorada. Corresponde al Tribunal determinar si esa posibilidad debe descartarse in casu y le merece fiabilidad, o no. En el supuesto examinado en la sentencia, concluye que no hay el más mínimo indicio de que se haya tergiversado la grabación, o se hayan efectuado supresiones que traicionen el sentido de la conversación mediante su descontextualización o amputación de fragmentos que cambiarían su entendimiento. Entraba dentro de las facultades de la defensa solicitar una prueba pericial sobre tal punto.

Incluso podría irse más allá y plantear un supuesto en el que el interlocutor que graba la conversación tiene un deber de secreto respecto a lo que pueda revelarle el tercero, en los términos del artículo 197 CP. Ante esta situación, la cuestión que surge es si pese a ello puede identificase una regla de prohibición de acceso a la información probatoria o de valoración por parte del tribunal ante el cuál se ofrece la información mediante la aportación de la prueba documental, en este caso la grabación realizada por uno de los interlocutores.

Y como dice la doctrina[15], en este caso cabe, desde la perspectiva de los fines de protección de las normas constitucionales, pueden establecer dos tipos de consecuencias: unas, las que puedan afectar al interlocutor que graba y divulga violando su deber de secreto. Otras, las que pueden afectar al valor probatorio de dicha información documental, pues si bien, la revelación o divulgación del contenido de la conversación por el que viola su deber *inter privatos* de secreto podría justificar su

[15] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 113 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, CGPJ. Cuadernos Digitales de Formación, nº 31, Madrid 2013, p. 472

sanción, incluso como autor de un delito de revelación de secretos, ello no debería arrastrar la exclusión de dicha información del proceso, siempre que el Estado no haya intervenido ni directa ni indirectamente ni en la grabación ni tampoco en su divulgación.

Identificar una regla, en este caso, de prohibición de producción del medio de prueba o de valoración carecería de justificación en términos teleológicos. La regla de exclusión probatoria en este supuesto no se fundaría en razones objetivas de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que, en puridad, como precisa el Tribunal Constitucional –STC 114/1984, fundamentos 7º y 8º- no se vería afectado. La lesión del derecho a la intimidad en sentido general que consagra el artículo 18.1º CE, que se produciría por la revelación o divulgación de lo que una persona conoció por razón de su relación con el interlocutor podría justificar la sanción del deber incumplido pero no que el Estado prescinda de la información a la que accedió por un medio de prueba en cuya producción no intervino.

En definitiva, atendiendo a lo expuesto podría decirse que la solución en cada supuesto podría alcanzarse de forma casuística pues la jurisprudencia pone el énfasis en la necesidad de atender a cada caso concreto.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Nunca ha sido objeto de regulación en nuestro ordenamiento jurídico la cuestión relativa a la grabación por parte de un particular de sus conversaciones privadas directas mantenidas con otro para su posterior aportación a un proceso penal como medio de prueba, por lo que existe una situación de anomia que no ha sido corregida ni siquiera por la importante reforma efectuada por la L.O. 13/2015, aunque si se contenía una pequeña referencia a las mismas en la Código Procesal Penal de 2.013, lo que nos sitúa ante una situación claramente inexplicable habida cuenta de que cada el avance en la sociedad actual de la tecnología en el campo de las comunicaciones pone en manos de cualquier individuo poseedor de un teléfono móvil la posibilidad de interceptar o grabar una conversación mantenida con otro para su aportación al proceso penal.

Por otra parte, el hecho de que estas grabaciones obtenidas de forma subrepticia sean susceptibles de ser utilizadas como medios de prueba, concretamente, como prueba documental, reside en el hecho inexcusable de que no exista intervención alguna por parte de los poderes públicos, pues en el caso de que se produzca alguna injerencia por parte de los poderes público, será necesaria autorización judicial que las dote de

legitimidad. No obstante, su aportación al proceso penal presenta zonas de colisión con posibles injerencias en los derechos fundamentales del grabado sin consentimiento, las cuales, y habida cuenta del olvido del legislador, ha sido la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo la encargada de esa ausencia de regulación legal estableciendo una serie de principios que pueden resumirse de la siguiente forma:

La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.

Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los art 588 y siguientes de la LECrim, pero no vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular.

Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.

La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculpado.

En otro orden de cosas, no resultan de aplicación las novedades introducidas por la L.O.13/2015, por estar pensadas para cuando se produce la intervención del Estado no siendo asimilable dicha intervención a la de los particulares. Tampoco se hace ninguna referencia a la categoría de los delitos en cuya investigación podrían ser

aportadas estas grabaciones, siendo cada vez más frecuente que sean aportadas por particulares en delitos de violencia de género castigados con penas menos graves.

No obstante, de entre todos los postulados jurisprudenciales referidos ha de destacarse uno como es el hecho de que la solución en cada supuesto podría alcanzarse de forma casuística pues la jurisprudencia pone el énfasis en la necesidad de atender a cada caso concreto.

* * * * * *

Prof. M.ª del Carmen Buendía Rubio

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Profesora tutora de la Univ. Nacional de Educación a Distancia, España. Socia de la FICP.

~Régimen disciplinario en Derecho Penitenciario~

I. CONCEPTO

El régimen disciplinario lo integran las normas dictadas para mantener la convivencia pacífica en los centros penitenciarios. La transgresión de estas normas dará lugar a una infracción disciplinaria con la consiguiente imposición de la sanción correspondiente.

La LOGP establece entre los fines del régimen disciplinario el de garantizar la seguridad y lograr la convivencia ordenada dentro de los establecimientos penitenciarios, no obstante, el régimen disciplinario no sólo debe fundamentarse en su función represiva sino que también debe orientarse hacia una finalidad resocializadora, tal y como recoge el Reglamento Penitenciario de 1996, en el sentido de que el mismo debe estimular el sentido de responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los internos, como presupuestos necesarios para la realización de los fines de la actividad penitenciaria.

En cuanto a su ámbito de aplicación, aun cuando el artículo 231 del vigente RP hace referencia a todos los internos, preventivos o penados, que se encuentren dentro o fuera del establecimiento penitenciario, con excepción de los que se hallen en Unidades Psiquiátricas, no obstante, la finalidad de asegurar la convivencia interna del Centro a la que se refiere el artículo 41 de la LOGP, exige limitarlo a los internos que se hallen en su interior y excluir a los que se hallen en el exterior, por conducción, excarcelación o permiso, tal y como han señalado los Jueces de Vigilancia Penitenciaria[1] .

II. PRINCIPIOS

La potestad sancionadora de la Administración Penitenciaria queda sujeta con matices, a los mismos principios que informan el Derecho Penal y el Derecho Procesal, tal y como ha declarado el TC[2], así, al principio de legalidad, de culpabilidad, ne bis in

[1] Auto del Juzgado de Vigilancia penitenciaria de 3 de febrero de 2010.

[2] ATC 59/2004 de 24 de febrero, ATC 270/2008 de 15 de septiembre, STC 104/2002 de 6 de mayo, STC116/2002 de 20 de mayo, STC 236/2001 de 9 de diciembre, STS de 23 de junio de 1987 (RJ 1987/6525), STS de 31 de diciembre de 1988 (RJ 1988/10278), STS de 23 de enero de 1989 (RJ

idem y las garantías procesales recogidas en el artículo 24,2 de la CE.

1. Principio de legalidad

El mismo exige que tanto el presupuesto como la consecuencia de una infracción estén contemplados en una ley, a fin de que los internos puedan conocer, con anterioridad, qué conductas son constitutivas de infracción y qué sanción llevan aparejada, de manera que quede garantizada la seguridad jurídica, pero esa ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la CE, debería ser orgánica, sin embargo, el artículo 42,2 de la LOGP se limita a señalar que las infracciones se clasificarán en faltas muy graves, graves y leves y que los internos serán corregidos disciplinariamente en los casos establecidos en el RP. Esta vulneración de reserva de ley ha sido justificada por el TC en virtud de la relación especial de sujeción que une al preso con la Administración penitenciaria, afirmación que ha permitido a nuestro Alto Tribunal limitar el alcance del principio de legalidad y de reserva de ley en el ámbito del régimen disciplinario penitenciario. Conforme a esta doctrina constitucional, la potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria no es expresión del *ius puniendi* genérico del Estado, sino de su capacidad de autotutela frente a la actuación de los internos quienes se encuentran sometidos a ella en virtud de esa relación de sujeción especial[3].

De otra parte, el catálogo de infracciones penitenciarias no se halla recogido en el RP de 1996 sino que se han declarado vigentes los artículos 108 a 111 y 124,1º del Reglamento Penitenciario de 1981, esta situación parece responder al hecho de que el Gobierno pretendía realizar una reforma de la LOGP e incluir en la misma el catálogo de infracciones disciplinarias, reforma que no se ha realizado, no obstante, es preciso reseñar que el artículo 232,3 del RP de 1996 reseña que "*queda prohibida la aplicación analógic*a", lo que supone la derogación expresa de la analogía *in malam partem* que prevé el artículo 110,f) del RP de 1981.

2. Principio de culpabilidad

El RP de 1996, menciona los criterios a tener en cuenta para seleccionar la clase y duración de las sanciones, así considera como tales, la naturaleza de la infracción, la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, el grado de ejecución de los hechos, la culpabilidad de los responsables, el grado de participación en aquéllos y demás

1989/421) STS de 29 de marzo de 1989 (RJ 1989/2426), STS de 11 de marzo de 2003 (RJ 2003/2656), STS de 26 de abril de 2004 (RJ 2004/2783).

[3] JUANATEY DORADO, C. Manual de Derecho Penitenciario. Edit. Iustel, 2013, p. 209.

circunstancias concurrentes.

La referencia expresa a la culpabilidad de los responsables implica tener en cuenta los distintos planos de la culpabilidad, de una parte, la imputabilidad, que como capacidad de reproche exige tener la capacidad mínima para entender la ilicitud de su conducta o actuar en consecuencia, lo que no tiene lugar cuando concurren algunas de las circunstancias previstas en los apartados 1,2 y 3 del artículo 20 del Código Penal y, de otra parte, el grado de voluntad, que exige comprobar la existencia de dolo o imprudencia en la infracción cometida, lo que no sucede cuando se debe a un accidente fortuito, al desconocimiento de los hechos o a su ilicitud o se deriva de responsabilidad objetiva, ya que debe tratarse de una responsabilidad individual de reproche[4].

3. Principio de proporcionalidad

Este principio exige acudir a la sanción cuando sea necesario e imprescindible para la tutela del orden violado y siempre con la gravedad correspondiente a la entidad de los hechos ilícitos.

En dicho sentido, tanto la LOGP en el artículo 43,2 como el RP en el artículo 255 permiten, en caso de enfermedad del sancionado y siempre que las circunstancias lo aconsejen, suspender la efectividad de la sanción de aislamiento en celda, hasta que el interno sea dado de alta o el correspondiente órgano colegiado lo estime oportuno, respectivamente, lo que confirma el carácter de flexibilidad que debe tener cualquier norma sancionadora.

Para determinar la proporcionalidad de la sanción a imponer, se tendrá en cuenta no sólo los daños y perjuicios causados, sino también, el grado de ejecución alcanzado en los hechos y el grado de participación del interno en los mismos, lo que permite individualizar más adecuadamente la sanción a la gravedad de los hechos.

4. Principio ne bis in idem

Este principio, desde el punto de vista material significa que nadie debe ser sancionado dos veces por la misma infracción, no obstante, en el ámbito penitenciario, muchas de las conductas constitutivas de infracción disciplinaria, pueden a la vez, ser constitutivas de delito, pudiendo dar lugar a la posible vulneración de dicho principio, que prohíbe la doble incriminación, en este caso, la administrativa y la penal.

[4] CERVELLÓ DONDERIS, V., Derecho Penitenciario. Edit. Tirant lo Blanch. 2012, p. 301.

Según reiterada doctrina del TC, de cada hecho ilícito solo puede derivar una sanción cuando hay identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico[5]. Por ello, para que de una sola conducta pueda derivar responsabilidad penal y disciplinaria, por abarcar la conducta ambos tipos de infracción, deben haber sido vulnerados distintos bienes jurídicos, de tal forma que sea posible la doble sanción, en otro caso se vulneraría el principio ne bis in idem. De tal forma que si un recluso en su actuación comete un delito y, a su vez, dicha conducta es constitutiva de infracción disciplinaria, no podrá dar lugar de forma conjunta a la imposición de una sanción penal y otra disciplinaria, salvo que con esa única conducta sean dos los bienes jurídicos vulnerados y por tanto haya un doble fundamento[6].

El RP de 1996 en su artículo 232,4, resuelve esta cuestión al referir que "*Aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden procedimental. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial competente, previa realización, en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias*".

5. Garantías procesales previstas en el artículo 24,2 de la CE

Conforme doctrina reiterada del TC[7], las garantías procesales previstas en el artículo 24,2 de la CE son aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores al igual que rigen en el proceso penal, así, el derecho a la tutela judicial efectiva, a ser informado de la acusación formulada en contra del interno, utilización de los medios pertinentes de prueba para su defensa, a la presunción de inocencia, a la asistencia jurídica, si bien, este último derecho lo es limitado toda vez que la intervención letrada en el procedimiento sancionador es potestativa y se limita a redactar el pliego de descargos, según previene el artículo 242,2,i) del RP de 1996, sin que se permita la presencia física del Letrado en la Comisión Disciplinaria. Igualmente, la asistencia letrada queda fuera del ámbito de la justicia gratuita, la cual se permite únicamente en los procesos judiciales quedando excluida de los administrativos[8].

[5] STC 2/1981 de 30 de enero.
[6] CERVELLO DONDERIS, V., Derecho Penitenciario, Edit. Tirant lo Blanch 2012, pp. 302 y 303.
[7] STC 18/81 de 8 de junio (FJ 3)
[8] STC 42/2008 de 10 de marzo.

En dicho sentido, puesto que en la fase de ejecución la justicia gratuita sólo alcanza a las cuestiones jurídico-penales excluyendo las estrictamente penitenciarias, numerosos Colegios de Abogados han puesto en marcha servicios de orientación jurídica (SOJ) en los establecimientos penitenciarios a fin de asesorar jurídicamente a los internos en materia penal y penitenciaria. Este servicio surgió como consecuencia de la situación de desamparo en la que quedaban numerosos internos que tras ser asistidos por letrados del turno de oficio, tras la firmeza de la sentencia quedaban desasistidos a nivel jurídico a pesar de los problemas jurídicos que pueden surgir durante el cumplimiento de la pena[9].

III. FALTAS Y SANCIONES DISCIPLINARIAS

Las faltas se hallan recogidas en los artículos 108 a 111 del RP de 1981, enumerando respectivamente las faltas muy graves, graves y leves, incluyendo entre las primeras, entre otras, la de "*participar en motines, plantes o desórdenes colectivos, o instigar a los mismos, si éstos se hubieran producido; agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del establecimiento o a las autoridades o funcionarios judiciales o de instituciones penitenciarias, tanto dentro como fuera del establecimiento si el interno hubiera salido con causa justificada durante su internamiento y aquéllos se hallaren en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos; agredir o hacer objeto de coacción grave a otros internos; la resistencia activa y grave al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridad o funcionario en ejercicio legítimo de sus atribuciones; intentar, facilitar o favorecer la evasión…,"* incluso la de *"atentar contra la decencia pública con actos de grave escándalo y trascendencia"* . Realizando, en definitiva, una graduación de las faltas en orden a su lesividad.

Respecto del listado de faltas disciplinarias, puede realizarse un razonamiento crítico, como la abundancia de términos indeterminados (gravedad, consideración debida, uso abusivo y perjudicial, faltar levemente…), la no diferencia entre conductas de autoría y participación, o entre conductas de consumación y actos preparatorios, la referencia a términos morales (decencia pública, grave escándalo…), la coincidencia de conductas delictivas con incumplimientos carentes de lesividad, la posibilidad de la analogía, siendo evidente la necesidad de actualización de las mismas.

[9] JUANATEY DORADO, C. Manual de Derecho Penitenciario, edit. Iustel 2013, p. 212.

Las sanciones disciplinarias se hallan recogidas en el artículo 42 de la LOGP, estableciendo un listado tasado de las mismas que se enumeran en función de la mayor o menor restricción de derechos que cada una de ellas implica:

- *Aislamiento en celda, que no podrá exceder de catorce días.*
- *Aislamiento de hasta siete fines de semana.*
- *Privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses.*
- *Limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo.*
- *Privación de paseos y actos recreativos comunes, en cuanto sea compatible con la salud física y mental, hasta un mes como máximo.*
- *Amonestación*.

Respecto de la sanción de *privación de permisos de salida*, puede resultar de aplicación desigual ya que no todos los internos pueden disfrutar de ellos y además sólo cabe ser aplicada a los permisos de salida ordinarios y no a toda salida del establecimiento.

Respecto de la *limitación de las comunicaciones orales*, en el Derecho Penitenciario Europeo se indica que no se puede prohibir totalmente los contactos con la familia.

Respecto a la *privación de paseos y actos recreativos*, existe una gran indeterminación que en parte aclara la Instrucción 1/2005 de 21 de febrero de la DGIP (ahora SGIP) al establecer que la misma debe cumplirse en la celda del interno, suprimiendo únicamente los actos recreativos o de ocio sin extenderse a las demás actividades programadas como puedan ser las actividades laborales o deportivas.

Mención especial merece la sanción de *aislamiento en celda*, dada la importante restricción de derechos del interno que la misma conlleva, siendo la sanción más grave con que cuenta el régimen disciplinario penitenciario, debe aplicarse dentro de unos parámetros, restringiendo su aplicación a aquellos casos en los que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste altere la normal convivencia del centro de forma reiterada y grave.

Esta sanción se halla recogida en el artículo 43 de la LOGP y se desarrolla en el artículo 254 del RP de 1996, disponiendo que dicho aislamiento se llevará a efecto en la

misma celda o compartimento que habitualmente ocupe el interno y, en el supuesto de que lo comparta con otros, o por su propia seguridad, o por el buen orden del establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones. Por tanto, quedan prohibidas las celdas de castigo.

Para el cumplimiento de esta sanción es preciso informe del médico del establecimiento, quien vigilará diariamente al interno, informando al Director sobre su salud física y mental y, en su caso, de la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta. Igualmente, en los casos de enfermedad del interno sancionado y siempre que las circunstancias lo aconsejen, se suspenderá la efectividad de la sanción de aislamiento el celda hasta que el interno sea dado de alta o el correspondiente órgano colegiado lo estime oportuno, respectivamente.

Esta sanción no se aplicará a las mujeres gestantes, a las madres hasta los seis meses posteriores al parto, a las mujeres lactantes y a las que tienen sus hijos consigo.

El recluso internado en celda disfrutará de dos horas diarias de paseo en solitario y, durante el cumplimiento de la sanción, no podrá recibir paquetes del exterior ni adquirir productos del Economato, salvo los autorizados expresamente por el Director.

Esta sanción, tiene un límite de duración de catorce días, si bien, el mismo puede incrementarse en "la mitad de su máximo" para el caso de repetición de la infracción y, en caso de concurrencia de varias sanciones de aislamiento correspondientes a diversas infracciones, el límite máximo no podrá exceder del triplo del tiempo correspondiente a la sanción más grave, ni en ningún caso, de cuarenta y dos días.

Para este supuesto de sanción, el RP de 1996 no regula el régimen de comunicaciones, las cuales estaban restringidas en el anterior RP de 1981, únicamente la Instrucción DGIP 4/2005 de 16 de mayo se pronuncia al respecto, excluyendo las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia durante la sanción de aislamiento o la de fin de semana, y para el supuesto en que la ejecución de la sanción sea inmediata y no pueda demorarse, se aplaza la comunicación avisando a los familiares por teléfono, si bien, para el caso de no poder evitar el desplazamiento, se autoriza una comunicación oral de veinte minutos.

La sanción de aislamiento, por su importancia y gravedad es la que más discusiones doctrinales y pronunciamientos judiciales ha provocado, incluso por sus posibles problemas constitucionales con el principio de legalidad y el de

proporcionalidad. En dicho sentido, se critica que el desarrollo de esta sanción se halle recogido en el RP y no en la LOGP, ya que el aislamiento es una privación del derecho a la libertad que debería ser regulado íntegramente por Ley Orgánica, sin embargo el TC desde la STC 2/1987 de 21 de enero lo avala al considerar que la relación de sujeción especial otorga esta capacidad normativa a la Administración, sin embrago, existen sentencias que avalan lo contrario, así la STC 119/1996 de 8 de julio en la que el Magistrado Pi-Sunyer emitió voto particular considerando que las sanciones de aislamiento en celda deberían tener cobertura legal. También se ha criticado la posible vulneración del artículo 25,3 de la CE que impide a la Administración imponer sanciones que impliquen directa o indirectamente privación de libertad, siendo negado de nuevo esta cuestión por la ya citada STC 2/1987 de 21 de enero, al considerar que no nos hallamos ante una pena privativa de libertad sino de una modificación de las condiciones de estancia en prisión que quedan bajo la competencia administrativa. Igualmente se ha considerado que dicha sanción pudiera incurrir en una vulneración del artículo 15 de la CE que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, siendo rechazado dicho razonamiento al considerar que la sanción en sí misma no lo es, sino que pudiera llegar a serlo según la forma en que se lleve a cabo su ejecución.

En lo referente a la *correlación entre infracciones y sanciones*, según el RP de 1996, la posible sanción a imponer viene determinada en función de la gravedad de la infracción[10], así,

- Por la comisión de faltas muy graves tipificadas en el artículo 108 del RP de 1981, podrá imponerse la sanción de aislamiento en celda de seis a catorce días de duración, siempre y cuando se haya manifestado una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del Centro y también la sanción de aislamiento de hasta siete fines de semana.
- Por la comisión de faltas graves tipificadas en el artículo 109 del RP de 1981, puede imponerse la sanción de aislamiento en celda de lunes a viernes por tiempo igual o inferior a cinco días, siempre que, igualmente, se haya manifestado una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada o gravemente altere la normal convivencia del Centro.

[10] Artículo 233 del Reglamento Penitenciario de 1996.

- Las restantes faltas graves se sancionarán con la prohibición de permisos de salida por tiempo igual o inferior a dos meses, limitación de las comunicaciones orales al mínimo tiempo previsto reglamentariamente durante un mes como máximo o privación de paseos y actos recreativos comunes desde tres días hasta un mes como máximo.
- Las faltas leves tipificadas en el artículo 110 del RP de 1981, solo podrán corregirse con privación de paseos y actos recreativos comunes de hasta tres días de duración y con amonestación.

Respecto a la *graduación de las sanciones,* conforme a lo preceptuado en el artículo 234 del RP, se tendrán en consideración, en cada caso concreto, para la determinación de la sanción y su duración, " *la naturaleza de la infracción, la gravedad de los daños y perjuicios causados, el grado de ejecución de los hechos, la culpabilidad de los responsables y su grado de participación en aquéllos, así como a las demás circunstancias concurrentes*."

En relación al concurso de infracciones, podemos hablar de *concurso real*, así, al culpable de dos o más faltas enjuiciadas en el mismo expediente, se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible y, no siéndolo, se cumplirán por el orden de su respectiva gravedad o duración, en este último supuesto, el máximo de cumplimiento no podrá exceder nunca del triplo del tiempo correspondiente a la sanción más grave, ni más de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda.

Igualmente, en el supuesto de *concurso medial*, cuando un mismo hecho sea constitutivo de dos o más faltas o cuando una de ellas constituya medio necesario para la comisión de otra, se aplicará, en su límite máximo, la sanción correspondiente a la falta más grave, salvo que la suma de las sanciones que procedan castigando independientemente las infracciones cometidas resulte de menor gravedad, en cuyo caso, se aplicarán éstas.

Tratándose de infracción continuada, es decir, cuando se realicen una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejante precepto, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, en estos casos se impondrá la sanción correspondiente a la infracción más grave en su límite máximo.

Otras consecuencias de la infracción son el *decomiso* de sustancias y objetos prohibidos y la *reparación de los daños* materiales e indemnización de personas perjudicadas.

IV. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

1. Inicio

El Director del Establecimiento, cuando aprecie indicios de conductas que pueden dar lugar a responsabilidad disciplinaria, acordará de oficio y motivadamente la iniciación del procedimiento sancionador, bien por propia iniciativa, cuando tenga conocimiento de la posible existencia de infracción disciplinaria a través de parte de funcionario informado por el Jefe de Servicios o por cualquier otro medio; bien por petición razonada realizada por otro órgano administrativo que no sea superior jerárquico; bien como consecuencia de orden emitida por órgano administrativo superior jerárquico o bien, por denuncia escrita de persona identificada que exponga el relato de hechos susceptibles de constituir infracción, fecha de comisión y datos que permitan identificar a los presuntos responsables. Para el esclarecimiento de los hechos, el Director puede acordar la apertura de una información previa que se practicará por un funcionario del Establecimiento designado por el Director, ésta información previa se llevará siempre a efecto cuando sea un interno quien formule denuncia de hechos susceptibles de sanción disciplinaria.

2. Instrucción

El Director nombrará instructor a un funcionario, excluyendo al que haya realizado la información previa y a los que puedan estar implicados en los hechos.

El instructor nombrado formará un pliego de cargos dirigido al interno cuya conducta pueda ser constitutiva de infracción disciplinaria y en el que constará:

- la identificación del interno imputado.
- la forma de iniciación del procedimiento.
- el número de identificación del instructor y puesto de trabajo que ocupa.
- órgano competente para resolver el expediente y norma que le atribuye dicha competencia.
- relación circunstanciada de los hechos imputados.

- calificación jurídica de los hechos y la posible sanción a imponer.
- medidas cautelares que en su caso se hayan acordado.
- indicación de que el interno dispone de tres días hábiles desde el momento de su recepción (del pliego de cargos) para realizar, a su vez, pliego de descargos por escrito o para realizar las alegaciones que estime pertinentes ante el instructor del expediente, proponiendo las pruebas que estime por conveniente en su defensa.
- indicación de que el interno puede asesorarse por letrado, funcionario o de cualquier otra persona para realizar el pliego de descargos.
- indicación de que el interno extranjero que desconozca el castellano puede contar con un intérprete que sea un funcionario u otro interno.
- fecha y firma del instructor del expediente.

3. Tramitación

Una vez cursada la notificación del pliego de cargos, en los diez días siguientes a la presentación del pliego de descargos o a la formalización verbal de alegaciones, se practicarán las pruebas propuestas y declaradas pertinentes, por parte del interno y del instructor. Terminada la instrucción del expediente, el interno dispone de diez días más para presentar la documentación oportuna y a continuación el instructor eleva una propuesta de resolución a la Comisión Disciplinaria.

Según el criterio adoptado por los jueces de vigilancia, "la infracción de normas del procedimiento por la Comisión Disciplinaria determinará la nulidad de actuaciones y el expediente deberá ser retrotraído al lugar y tiempo en que se cometió la infracción, siempre que hubiese podido producir indefensión".

4. Resolución

La Comisión Disciplinaria, tras escuchar las alegaciones verbales que pudiera formular el interno, será la encargada de declarar la no existencia de infracción o impondrá motivadamente la sanción correspondiente a los hechos declarados probados.

El acuerdo deberá dictarse en el plazo máximo de tres meses desde la iniciación del procedimiento disciplinario y deberá contener: el lugar y fecha del acuerdo, el órgano que lo adopta, el número de expediente disciplinario con un breve resumen del procedimiento seguido, relación circunstanciada de los hechos imputados al interno que

no pueden ser distintos de los reseñados en el pliego de cargos, precepto normativo en el que se incluya la falta cometida y la sanción correspondiente; en el supuesto de que se trate de una sanción de aislamiento debe indicarse si su ejecución se ha aplazado o se ha suspendido su efectividad, indicación acerca de si el acuerdo se ha adoptado por unanimidad o por mayoría y si han existido votos particulares, indicación del recurso que puede interponerse y firma del Secretario de la Comisión Disciplinaria con el visto bueno del Director.

En todo caso, la sanción de aislamiento en celda superior a catorce días deberá ser aprobada por el Juez de vigilancia penitenciaria antes de proceder a su ejecución. A tal respecto, es criterio adoptado por los jueces de vigilancia penitenciaria que "la aprobación de la sanción de aislamiento en celda cuya duración acumulada exceda de catorce días sin superar los cuarenta y dos días compete al juez de vigilancia penitenciaria correspondiente al centro penitenciario en que haya de cumplirse la sanción, con independencia de cuál sea el establecimiento que hubiera dictado el acuerdo sancionador".

5. Procedimiento abreviado

Se utiliza solo para el caso de faltas leves, con la finalidad de reducir trámites, debe estar resuelto en el plazo de un mes desde la iniciación del expediente sancionador. En estos supuestos, el parte del funcionario opera como pliego de cargos que se notifica al interno y se le concede un plazo de diez días para realizar alegaciones y proponer las pruebas que estime oportunas, dictando resolución el Director, si bien esto último se contradice con lo dispuesto en el artículo 44,1 de la LOGP que exige que sea un órgano colegiado quien imponga la sanción, en este caso debería ser la Comisión Disciplinaria.

6. Ejecución

Los acuerdos sancionadores no serán ejecutivos en tanto no haya sido resuelto el recurso interpuesto por el interno ante el Juez de Vigilancia o, en caso de no haberse interpuesto, hasta que transcurra el plazo para su impugnación, si bien, cuando se trate de actos de indisciplina grave y la Comisión Disciplinaria considere que el cumplimiento de la sanción no puede demorarse, las sanciones impuestas deberán ser ejecutadas inmediatamente siempre que se hallen dentro de los supuestos recogidos en las seis primeras faltas recogidas en el artículo 108 del RP de 1981.

Contra el acuerdo de ejecución inmediata de la sanción, el interno podrá acudir en vía de queja ante el juzgado de vigilancia penitenciaria, con independencia de la tramitación del recurso interpuesto que tendrá carácter urgente y preferente cuando la sanción de ejecución inmediata impuesta sea la de aislamiento en celda, en cuyo caso, debe notificarse de forma inmediata al juez de vigilancia. Las sanciones de aislamiento en celda superiores a catorce días de duración han de ser autorizadas por el Juez de Vigilancia, con lo cual, hasta que no se dé esa aprobación no se pueden ejecutar.

De otra parte, para evitar perjuicios al interno sancionado, si la sanción cumplida inmediatamente es anulada por el Juez de Vigilancia se puede abonar el tiempo cumplido indebidamente al cumplimiento de otras sanciones posteriores, siempre que sean conductas anteriores a las sancionadas de forma errónea.

Asimismo, el RP regula supuestos de reducción y revocación de sanciones, no pudiendo llevarse a efecto las mismas sin autorización del Juez de Vigilancia en los supuestos en los que éste haya intervenido en su imposición, directamente o por vía de recurso.

De otra parte, en los últimos años se está utilizando la mediación penitenciaria para resolver supuestos de peleas o reyertas entre los internos y encontrar un espacio común para desarrollar una mejor convivencia, lo cual puede dar lugar a la revocación de la sanción incluso a una nota meritoria, valorando el esfuerzo llevado a cabo por el interno que se somete a dicha mediación y consecuente conciliación, poniendo de relieve el efecto resocializador de dicha actuación[11].

V. RECURSOS

Contra el acuerdo sancionador de la Comisión Disciplinaria el interno puede interponer recurso de alzada ante el Juez de Vigilancia, de forma verbal en el momento de la notificación o por escrito en el plazo de cinco días hábiles siguientes y, en el supuesto de ser desestimado el mismo, el interno puede interponer recurso de reforma ante el mismo órgano, sin que quepan más recursos[12], si bien, en el supuesto de sanción de aislamiento en celda de más de catorce días, cabe apelación.

[11] Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid de 13 de junio de 2008.
[12] STC 169/1996 de 29 de octubre.

La interposición de recurso contra resoluciones sancionadoras suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave la corrección no pueda demorarse.

Los recursos contra resoluciones que impongan la sanción de aislamiento en celda serán de tramitación urgente y preferente.

El auto de contestación del recurso ha de ser siempre motivado[13].

BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

CERVELLÓ DONDERIS, V. Derecho Penitenciario, Tirant lo Blanch. 2012.

JUANATEY DORADO, C. Manual de Derecho Penitenciario, Iustel. 2013.

VICENTE DE GREGORIO, M. Cuestiones básicas de Derecho Penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad, LDL Papel. 2015.

Instrucción DGIP 1/2005 de 21 de febrero.

Instrucción DGIP 4/2005 de 16 de mayo.

LOGP 1/1979 de 26 de septiembre

RP de 1981 (RD 1201/1981 de 8 de mayo)

RP de 1996 (RD 190/1996 de 9 de febrero)

ATC 59/2004 de 24 de febrero.

TC 270/2008 de 15 de septiembre.

AJV de Madrid de 13 de junio de 2008.

AJV de Zaragoza de 3 de febrero de 2010.

STC 2/1981 de 30 de enero.

STC 18/1981 de 8 de junio.

STC 2/1987 de 21 de enero.

STC 119/1996 de 8 de julio.

STC 169/1996 de 29 de octubre.

STC 60/1997 de 18 de marzo.

STC 2/1999 de 25 de enero.

STC 104/2002 de 6 de mayo.

STC 116/2002 de 20 de mayo.

STC 236/2001 de 9 de diciembre.

STC 42/2008 de 10 de marzo.

STS de 23 de junio de 1987 (RJ 1987/6525).

STS de 31 de diciembre de 1988 (RJ 1988/10278).

STS de 23 de enero de 1989 (RJ 1989/421).

[13] STC 60/1997 de 18 de marzo y STC 2/1999 de 25 de enero.

STS de 29 de marzo de 1989 (RJ 1989/2426).

STS de 11 de marzo de 2003 (RJ 2003/2656),

STS de 26 de abril de 2004 (RJ 2004/2783).

* * * * * *

Antonio José Bueso Alberdi
Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel. Doctorando en la UDIMA.
Socio de la FICP.

~Las intervenciones corporales. Principio de proporcionalidad~

I. CONCEPTO DE INTERVENCIONES CORPORALES

Existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia al considerar las intervenciones corporales como actos de investigación.

El acto o diligencia de investigación, es aquella que se realiza en el procedimiento preliminar para descubrir los hechos criminales que se han producido y sus circunstancias, y la persona o personas que los hayan podido cometer[1].

Las expresiones inspecciones, intervenciones, exploraciones o registros corporales, se utilizan con distinto alcance sin llegar a un consenso sobre su preciso significado. No existe un concepto legal que determine en qué consisten las intervenciones corporales.

Las investigaciones corporales son también frecuentes en otros ámbitos al margen de la investigación penal, como pueden ser las investigaciones que lleva a cabo la Administración aduanera o la Administración penitenciaria, o los cacheos policiales e incluso en procesos cuyo conocimiento corresponda a otros órdenes jurisdiccionales, como por ejemplo la investigación de la paternidad en el proceso civil.

Encontramos en la doctrina diferentes definiciones de intervención corporal, destacando la de GONZÁLEZ CUELLAR, quien afirma que son *"aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él*[2]*".* Por su parte, DÍAZ CABIALES las define como *"aquellas medidas de*

[1] GÓMEZ COLOMER, J.L., Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, junto con MONTERO AROCA/MONTÓN REDONDO/BARONA VILLAR, p. 154.

[2] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, 1990, p. 290.

investigación que tienen por objeto el cuerpo de una persona y que tiende a buscar el cuerpo del delito, o delimitan la salud física o psíquica de una persona[3].

Ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de determinar los límites de la actuación policial y las garantías con las que se deben practicar las intervenciones corporales, al tiempo que la doctrina ha sistematizado la teoría procesal propia de estas figuras, así como la necesaria investigación acerca de la colisión de derechos y su afectación por diligencias de investigación.

Una definición muy completa, nos la da GARCÍA VILA[4], según la cual, podemos definir las intervenciones corporales como, aquellos actos de investigación que tienen por objeto el cuerpo de la persona presuntamente culpable del hecho delictivo que se investiga y sobre la que existen indicios racionales de culpabilidad, que consiste fundamentalmente en la extracción de elementos externos o internos del propio cuerpo, y en las que se produce una verdadera tensión entre la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales que se ven implicados, y en la que es necesario, como en cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, la adopción de una serie de requisitos para garantizar en la medida de lo posible esos derechos fundamentales afectados.

A modo de ejemplo, constituyen inspecciones: las reseñas dactiloscópicas u odontológicas, la extracción de cabello o sangre, el análisis del aliento, la búsqueda de efectos en las cavidades corporales manualmente o mediante rayos X, los cacheos superficiales o los registros con desnudo integral.

II. RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de manifiesto que con la práctica de las intervenciones corporales, se produce una verdadera restricción de derechos fundamentales.

1. Derecho a la libertad (artículo 17.1 ce).

Este derecho ha sido definido como el derecho que tiene el individuo a impedir toda injerencia no deseada en el devenir físico de su existencia. El Tribunal

[3] Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales, Medidas restrictivas de derechos fundamentales. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 73.

[4] GARCÍA VILA, M., Los cacheos: delimitación y clases, Actualidad Penal núm. 13. Editorial La Ley, Madrid, 2000.

Constitucional[5], ha definido este derecho fundamental como *"el derecho a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que adoptadas arbitrariamente o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a su propias opciones y convicciones".* Este derecho se va menoscabando con la realización de las intervenciones corporales, ya que su práctica requiere el traslado al centro médico o sanitario correspondiente, con el consiguiente transcurso de tiempo invertido en dicho traslado o en la permanencia prolongada en el centro sanitario y, por tanto comporta una privación de libertad incluso en las intervenciones corporales más leves[6].

2. Derecho a la intimidad personal (Artículo 18.1 CE).

Este derecho ha sido definido por nuestro Tribunal Constitucional[7] como la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesarios para mantener una calidad mínima de vida humana. Al utilizar el término intimidad personal pensamos en la esfera privada del individuo, pero cuando hablamos del cuerpo, éste parece corresponder al ámbito protegido por el derecho a la integridad física, sin embargo, algunas de las manifestaciones del derecho a la intimidad protegen la realidad física de la persona, esto es, su cuerpo. Nos estamos refiriendo a la intimidad corporal. El Tribunal Constitucional[8] ha definido el ámbito de protección de la intimidad corporal desde un punto de vista negativo, entendiendo que, no puede considerarse intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la personal. De esta manera, la intimidad corporal protege únicamente determinadas partes del cuerpo a las que puede afectar el sentimiento de pudor como son los órganos genitales, el ano, el recto y los pechos. Gran parte de la doctrina[9], no considera acertada esta postura del Tribunal Constitucional, sino que cree, que todo contacto físico con el cuerpo para extraer de él elementos externos o internos, con independencia de las partes

[5] STC 15/1986, de 31 de enero.

[6] IGLESIAS CANLE, I.C., Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica, Colex, Madrid 2003.

[7] Entre otras SSTC 57/1994 de 23 de febrero, y 207/1996 de 16 de diciembre.

[8] STC 37/1989, de 15 de febrero.

[9] Entre otros GARCÍA VILA, M., Los cacheos: delimitación y clases, Actualidad Penal núm. 13. Editorial La Ley, Madrid, 2000.

en que recaiga y los instrumentos utilizados, supone inevitablemente traspasar los límites de ese ámbito más íntimo de la persona constituido por su entidad corpórea.

3. Derecho a la presencia de abogado.

La jurisprudencia ha declarado que la inmediatez y la urgencia de las intervenciones corporales excluye la necesaria presencia de abogado. Ahora bien, esto es aplicable únicamente cuando exista consentimiento del sujeto, porque si ésta no existe, el trascurso del tiempo necesario para conseguir la autorización judicial, que se precisa para su práctica, hace desaparecer la urgencia[10], siendo preciso en este caso la presencia de abogado.

Tal y como ha señalado la doctrina, *"todos los derechos fundamentales son susceptibles de ser limitados a los fines de la investigación criminal"*[11]. De modo similar GONZÁLEZ CUELLAR subraya que *"en el proceso penal debe averiguarse la verdad y ésta debe realizarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales*[12]*"*. Ahora bien, estas afirmaciones deben ser matizadas, puesto que hay que hallar la verdad, pero no a cualquier precio, sino a través de un procedimiento legítimo.

III. REQUISITOS PARA SU ADOPCIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Habida cuenta de que las intervenciones corporales suponen una limitación de derechos fundamentales, es necesario para que las mismas se puedan llevar a cabo, que cumplan una serie de requisitos. 1) Principio de legalidad. Es necesario que haya una previsión legal que la fundamente, siendo necesario señalar, que nuestra regulación normativa respecto a este tema sigue siendo escasa; 2) Reserva jurisdiccional (117.3 CE). Únicamente podrá acordar una intervención corporal un órgano jurisdiccional. Por ser un acto de investigación, será el juez de instrucción el que de forma motivada, es decir, expresando las razones justificativas de su adopción, lo podrá acordar. La determinación de estas razones, son exigencias del principio de proporcionalidad; 3) Garantías formales de ejecución. Se refiere a la necesidad de exigir determinadas condiciones de especialización en el personal que lleva a cabo las medidas y, 4) Proporcionalidad. Para que cumpla este principio, es necesario que la medida sea

[10] STC 303/1993 de 25 de octubre.

[11] MORENO CATENA, V., Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal, Poder Judicial, nº especial II, 1987, p. 134.

[12] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, 1990, p. 305

susceptible de conseguir el objetivo perseguido, que sea necesaria, es decir, que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia y, finalmente, que sea ponderada, que de ella se deriven más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto (en este caso derechos fundamentales). Sin duda, para que la medida sea proporcionada se exige, por un lado, un mínimo de gravedad del hecho presuntamente delictivo (es preciso que haya una adecuación entre la gravedad del hecho delictivo y la gravedad de la intromisión), la existencia de indicios racionales de la comisión del hecho delictivo (no meras conjeturas), es necesario que sobre la persona que va a sufrir la intervención existan indicios suficientes sobre su responsabilidad en los hechos delictivos que se investigan, y que la medida sea idónea y necesaria[13].

No basta que la medida restrictiva de derechos sea idónea y necesaria a los fines de la investigación, sino que debe ser también proporcionada, atendidas las circunstancias particulares que concurran en el caso y su forma de ejecución[14]. En la Sentencia 207/1996, el Tribunal Constitucional, consideró desproporcionada la medida acordada atendiendo su alcance y los resultados pretendidos: *"En este sentido, y a la vista de su contenido dispositivo, es evidente que las resoluciones impugnadas, tanto al ordenar que el informe pericial se remonte al tiempo desde que (el recurrente) lo pudiera ser (consumidor) - lo que, en puridad, abarca toda su vida-, como al requerir que dicho informe comprenda el consumo de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes – y no sólo el de cocaína, que es la única sustancia que se sospecha pudo haber recibido como dádiva en el delito de cohecho que le es imputado-, incurren en una notoria desproporción entre el alcance que otorgan a la medida de intervención corporal y los resultados que se pretenden obtener con su adopción, razón por la cual dicha medida se revela, en este punto, lesiva del derecho a la intimidad del demandante de amparo"* (F.J. 6c).

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y

[13] GARCÍA VILA, M., Los cacheos: delimitación y clases, Actualidad Penal núm. 13. Editorial La Ley, Madrid, 2000.

[14] DUART ALBIOL, J.J. Inspecciones, Registros e Intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona. Septiembre 2.013

la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar[15].

Aplicando este principio a las investigaciones corporales, éstas serán constitucionalmente legítimas si los intereses estatales (principalmente la gravedad del delito, el grado de imputación y la probabilidad de éxito de la medida) son más relevantes que los individuales[16]. La gravedad delictiva como criterio de procedencia de las intervenciones corporales es una exigencia derivada del principio de proporcionalidad en sentido estricto[17].

Se caracteriza por ser un principio valorativo, ponderativo y de contenido material, no meramente formal. La inclusión del principio en el marco del derecho procesal penal y su estudio desde la perspectiva de las normas constitucionales permite conocer su fundamento material, establecer los criterios de medición y los valores preferentes[18].

Según el TEDH, los registros corporales pueden ser necesarios en ciertos casos para garantizar la seguridad de la prisión o evitar el desorden en las cárceles, pero tienen que llevarse a cabo de forma adecuada[19]. Si la medida es desproporcionada o excesiva, a pesar de ser necesaria tomar alguna acción, también puede devenir ilegítima. La proporcionalidad presta argumentos para medir el grado de intensidad y de idoneidad de la acción realizada, una vez valorada lo imprescindible de la afectación. Asimismo busca el equilibrio entre la intromisión necesaria, y la afectación de los derechos fundamentales, lo que debe hacerse caso por caso, ya que el juicio de proporcionalidad está destinado a tomar en consideración todas las circunstancias del caso concreto, para poder efectuar la ponderación entre los bienes a preservar y, en consecuencia, aceptar o no la afectación y eventual restricción de los derechos[20].

[15] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, 1990. P. 225.

[16] GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, 1990. P. 309.

[17] ETXEBERRIA GURIDI, J.F., Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Trivium, Madrid, 1999, p. 309.

[18] ETXEBERRIA GURIDI, J.F, Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Trivium, Madrid, 1999. P. 243.

[19] STEDH de 15 de noviembre de 2001, asunto Iwaczuk c. Polonia.

[20] VERNET I LLOBET, J., Los registros corporales en la Jurisprudencia del TEDH. Revista Europea de Derechos Fundamentales, Segundo Semestre 2017.

La proporcionalidad es una exigencia para el TEDH, quien ha entendido que la injerencia pública debe ser proporcional a la finalidad que se propone preservar, como se argumentó en la STEDH de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido* (§ 76 y 77). El principio de proporcionalidad se define, dentro del margen de apreciación estatal, como un justo equilibrio entre los intereses de la comunidad y los del particular, lo que será valorado por el TEDH. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo exige un vínculo directo e inmediato entre la medida estatal limitadora y la protección de la vida privada y familiar[21].

IV. CONCLUSIONES.

Tras el estudio realizado, podemos concluir que, las intervenciones corporales, deben tratarse de medidas que recaigan sobre el cuerpo vivo de la persona; la finalidad de estas medidas debe ser la constatación de hechos y circunstancias relevantes para el proceso y para la investigación de la verdad; dada la intromisión que se produce en los derechos fundamentales con la práctica de estas actuaciones, únicamente podrá ser sujeto pasivo de las mismas aquel sobre el que recaigan indicios racionales de criminalidad; solo son intervenciones corporales aquellas en las que se produce una verdadera tensión (intensa) entre la búsqueda de la verdad y los derechos fundamentales de la persona. Esta intensidad, es la que nos permitirá excluir a los cacheos de la consideración de intervención corporal y, podemos afirmar que consisten en la extracción de elementos externos e internos del cuerpo de la persona sospechosa (ej. Pelos, uñas, sangre…).

Hay que estar al caso concreto y, deben tenerse en cuenta diversos aspectos como: la gravedad o entidad del delito que se imputa a un sujeto; la individualización contrastada de los indicios respecto a este (no una prevención general, con registros indiscriminados o aleatorios); la inexistencia de medidas menos gravosas, igualmente eficaces; la intensidad de la intromisión o de la restricción de los derechos (en especial que se eviten posturas degradantes o humillantes); la reiteración y duración de la medida; la vulnerabilidad de la víctima; la afectación a determinadas partes del cuerpo; que el reconocimiento sea llevado a cabo por un funcionario del mismo sexo que el sujeto; que se realice en un lugar cerrado, sin la presencia o visualización de otras personas; los instrumentos utilizados; la urgencia de la actuación, para evitar la pérdida de pruebas relevantes; la situación de excepcionalidad, entre las más significativas.

[21] STEDH de 24 febrero de 1998, asunto Botta c. Italia, § 66.

BIBLIOGRAFÍA

Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales, Medidas restrictivas de derechos fundamentales". Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

DUART ALBIOL, J.J, Inspecciones, Registros e Intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona. Septiembre 2.013

ETXEBERRIA GURIDI, J.F, Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Trivium, Madrid, 1999.

GARCÍA VILA, M., Los cacheos: delimitación y clases, Actualidad Penal núm. 13. Editorial La Ley, Madrid, 2000.

GÓMEZ COLOMER, J.L., Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, junto con MONTERO AROCA/MONTÓN REDONDO/BARONA VILLAR.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, 1990.

IGLESIAS CANLE, I.C., Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica, Colex, Madrid 2003.

MORENO CATENA, V., Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal, Poder Judicial, nº especial II, 1987.

VERNET I LLOBET, J., Los registros corporales en la Jurisprudencia del TEDH. Revista Europea de Derechos Fundamentales, Segundo Semestre 2017.

* * * * * *

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Socia de la FICP.

~La alevosía. Breve estudio jurisprudencial~

La circunstancia agravante de alevosía de la que trata este trabajo, consiste en el empleo de un medio, modo o forma que tiende a asegurar el éxito en la ejecución del delito sin riesgo para el agresor, así, el especial desvalor de la conducta podemos fijarla en el hecho de que el sujeto activo maquina un plan que le sitúa en una posición de clara preeminencia frente a su víctima, de forma que dejando al sujeto pasivo en una situación de indefensión se garantiza el éxito en la ejecución del delito sin riesgo para su persona. Ello es precisamente lo que le hace merecedor de un reproche añadido.

I. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA AGRAVANTE

Conforme señala la Real Academia de la Lengua Española, el término *alevoso* significa en su primera acepción *cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente. Es circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.* En su segunda acepción: *traición, perfidia.*

La idea de traición está absorbida en la circunstancia agravante de alevosía desde los Fueros Municipales, donde el significado de alevosía implicaba el obrar sobre seguro y utilizaba conjuntamente los términos de traidor y alevoso; pasando por las Siete Partidas donde a la alevosía se le dada el significado de deslealtad o traición, hasta nuestros días.[1]

Por su parte, el actual Código Penal define la alevosía en su art. 22.1, dentro del Capítulo IV donde se contemplan las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, señalando que: *Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido.*

Vemos como en el referido precepto lo relevante es la forma en que actúa el autor, cómo realiza la acción antijurídica; no pretende el legislador agravar la pena en función

[1] QUINTO-OLLOQUIEGUI, A. La Alevosía. Aspectos jurídicos, dogmáticos y jurisprudenciales de la agravante del artículo 22.1 del CP español. Comparación con el Derecho italiano. Revue électronique de l'AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP (ISSN - 1993-2995), 2014, A-01:1, p.2

de qué hace el autor, porque cada delito contra las personas (en los que la agravante puede aplicarse) ya está regulado de forma concreta con su pena correspondiente, sino que pretende agravar dicha pena en función de cómo se lleva a cabo la acción delictiva.[2]

Es una agravante genérica aplicable únicamente a los delitos contra las personas, excluyéndose para otras figuras delictivas

Respecto a los elementos de la alevosía cabe analizar los mismos de la mano de la STS de 15 de febrero de 2005 cuando señala que se exigen cuatro elementos necesarios:

- *un elemento normativo* consistente en que debe tratarse de un delito contra las personas.

-*un elemento objetivo* que consiste en que el autor utilice en la ejecución medios o formas objetivamente adecuados para asegurar la ejecución, eliminando las posibilidades de defensa de la víctima y sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

-*un elemento subjetivo*, donde el dolo del autor se proyecta sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados y también sobre su tendencia al aseguramiento de la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminándose de forma consciente cualquier riesgo que para su persona pudiera suponer una eventual reacción defensiva de aquél.

- por último, un *elemento teleológico*, que requiere la apreciación de una mayor antijuridicidad en la conducta derivada del modus operandi que produjo una situación de total indefensión, orientada conscientemente a tales finalidades (STS. 1866/2002 de 7 de noviembre).

Por tanto, la esencia de la alevosía radica en la existencia de una conducta agresora tendente a eliminar la defensa del ofendido, o bien como señala la STS de 13 de febrero de 2001 al *aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes.*[3]

[2] MASIP DE LA ROSA, L.I. La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. 2017, pp. 165-166.

[3] STS 854/2005 de 15 de febrero de 2005, Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gómez de la Torre. Enlace CENDOJ:
http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1484268&links=alevos%C3%ADa%20%22.%20155%2F2005%20%22&optimize=20050414&publicinterface=true

La STS de 07 de abril de 2016 cuyo Ponente es el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gómez de la Torre, señala como la Sala Segunda viene distinguiendo entre las siguientes modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa:

1. **Alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.**

En esta modalidad de alevosía la indefensión no viene deparada por una circunstancia de hecho o por una especial característica del sujeto pasivo, sino que es provocada, organizada, preparada por el sujeto activo que pretende asegurarse la ejecución eliminando el riesgo defensivo, aprovechando la ausencia de sospecha de la víctima. En estos supuestos la actuación alevosa ha sido buscada por el agresor.[4]

En esta modalidad de alevosía el elemento esencial es el abuso de confianza del agresor frente al ofendido, que se encuentra desprevenido, sin temer agresión alguna. El Tribunal Supremo ha señalado en su Sentencia 210/96, de 11 de marzo, que la alevosía requiere *más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor*. Del mismo modo refiere en la STS 343/2000, de 7 de marzo, que *la modalidad de alevosía proditoria requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor*. Estamos ante esta modalidad en el supuesto donde el sujeto activo se oculta y espera a que se acerque su víctima para cometer el delito, aprovechándose de la indefensión de ésta, que no puede prever el ataque.[5]

2. **Alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina.**

Es el carácter sorpresivo de la agresión lo que elimina la posible defensa, ya que quien no espera un ataque, difícilmente podrá prepararse contra el mismo y reaccionar adecuadamente a la agresión.

Esta modalidad se caracteriza también por la existencia de indefensión del sujeto pasivo, no obstante la sola indefensión no es suficiente pues se requiere que el autor

[4] MARTÍN GONZÁLEZ, F., La alevosía en el Derecho español, Editorial Comares, 1988, p. 140.
[5] GERÓNIMO QUINTANO, S. El nuevo delito de asesinato tras la reforma del Código Penal de 2015. TFG. Universidad Autónoma de Barcelona. 2016, p. 11.

provoque dicha la situación empleando medios o formas de ejecución. En esta modalidad, a diferencia de la proditoria, el autor no hace uso de emboscada, trampa o asechanza, sino que el medio empleado es el ataque inesperado, súbito e imprevisto sobre la víctima.

No obstante y pese a denominarse sorpresiva, para su concurrencia no basta el mero hecho sorpresivo en el ataque, sino que requiere que ese ataque sorpresivo cause indefensión en la víctima, pues de no producirse tal indefensión deberá excluirse la alevosía sorpresiva.

Resulta de interés para el estudio de esta modalidad de alevosía la STS 5298/2010 de 11 de octubre de 2010[6], la cual señala: *lo sorpresivo, repentino o inesperado de un ataque sólo determina su condición alevosa en la medida en que por esas mismas características se elimine el margen de una posible reacción defensiva de la víctima o de un tercero. Lo sorpresivo, inesperado, o repentino adquieren así significación sólamente en cuanto formas comisivas causantes de una indefensión buscada o aprovechada, y por ello han de valorarse con relación a la forma ejecutiva del ataque en su dinámica de realización concreta y no con relación a la agresión considerada como suceso o acontecimiento sobrevenido.*

Así, no es sorpresivo simplemente lo que no se espera, sino que lo sorpresivo en la alevosía sólo puede determinarse a partir de la forma de ejecución la cual causa una indefensión en la víctima, por tanto para la determinación de la existencia de alevosía, la sorpresa no está en que el sujeto pasivo no espere el ataque, sino que la sorpresa está realmente en el hecho de que el ataque se ejecuta de tal forma que la víctima no puede defenderse, esto es, sorprender a la víctima es hacer imposible que se defienda, por ello debe entenderse por sorpresivo lo que "elimina la defensa de la víctima".

Por tanto, el fundamento de la alevosía siempre consiste en una eliminación del derecho a la defensa, y en el caso de la sorpresiva, debe calificarse la sorpresa de alevosa cuando la misma elimina la posible capacidad de reacción de la víctima e impide de esta forma su defensa.

[6] STS 5298/2001 de 11 de octubre, Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar . Enlace CENDOJ: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5763702&links=alevos%C3%ADa&optimize=20101104&publicinterface=true

3. **Alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, tal es el caso de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o aquellas personas que circunstancialmente esté privadas de aptitud para defenderse por estar drogadas, dormidas, ebrias en fase letárgica o comatosa.**

Esta modalidad alevosa también se caracteriza por una situación de indefensión de la víctima, que a diferencia de las anteriores, en lugar de ser causada por el sujeto activo es preexistente a la actuación de aquel, y ello por ser la víctima persona desvalida. La jurisprudencia reconoce que el desvalimiento puede ser constitutivo en supuestos en que por su propia condición la víctima está indefensa, debido a su edad temprana o avanzada, a una discapacidad, a una enfermedad grave o terminal; o es accidental cuando la indefensión es una situación transitoria, tal es el caso de personas dormidas, inconscientes, drogadas o bajo los efectos del alcohol.[7]

Como vemos ésta modalidad en realidad incumple la definición contenida en el art. 22.1 del C. Penal, que exige que el autor emplee medios, modos o formas para eliminar la defensa, ya que ello no se produce en los casos de desvalimiento, pues esa situación de indefensión, como hemos visto proviene de un estado constitutivo o accidental preexistente en la víctima. Esta reflexión ha generado opiniones doctrinales contradictorias respecto a la consideración de tal modalidad alevosa por la jurisprudencia.

4. **Finalmente la alevosía convivencial o doméstica se deriva de la relajación de la víctima y de sus recursos defensivos al entender como imprevisible sufrir un ataque proveniente de la persona con la que convive cada día. SSTS 16/2012, 20 de enero; 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril.**

Es una modalidad especial que en los últimos tiempos se está consolidando en la jurisprudencia del T. Supremo, posiblemente con el objeto de proteger a las víctimas de la violencia de género, ya que muchos de los asesinatos alevosos se producen en dicho ámbito, no obstante se excluirían los casos donde no exista convivencia, quedando fuera de esta agravación el resto de casos de violencia de género, que no han iniciado convivencia o bien que ya la han cesado.

[7] MASIP DE LA ROSA, L.I. La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena 2017, pp. 391-412.

El Tribunal Supremo viene exigiendo para apreciar este tipo de alevosía la convivencia, ya que esta genera la confianza en no ser atacado, en los supuestos de violencia de género, la aplicación de este criterio conduciría a negar la circunstancia, pues precisamente la convivencia generó desconfianza y por tanto una posible certeza de ser atacado en algún momento, y esto precisamente representa el objetivo contrario al perseguido con el criterio jurisprudencial en orden a proteger a la víctima de la violencia de género.[8] Así la STS 409/2012 de 20 de enero Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, analiza un caso donde no aprecia la alevosía convivencial precisamente porque la víctima sí podría esperar un ataque, desapareciendo en el referido supuesto esa confianza en que se funda la agravante, ya que la víctima había sido previamente amenazada por el agresor y conocía la existencia de una orden de alejamiento y de protección.[9]

II. FUNDAMENTO DE LA AGRAVACIÓN. NATURALEJA JURÍDICA

La agravante de alevosía viene justificada por la existencia de una mayor antijuridicidad y una mayor culpabilidad y peligrosidad del sujeto activo, por una actuación que define un ánimo en el delincuente más ruin, perverso y cobarde; que además socialmente es considerado más grave y lesivo al eliminar el riesgo para el delincuente o disminuirse sensiblemente el mismo, por tanto existe un fundamento objetivo que va unido indisolublemente a un fundamento subjetivo.

Desde un punto de vista objetivo debe concurrir la situación de indefensión en la víctima de forma que le impida oponer una resistencia efectiva que pueda traducirse en un efectivo riesgo para el sujeto activo, y ello porque la jurisprudencia no considera

[8] MASIP DE LA ROSA, L.I. La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena 2017, pp. 440-442.

[9] STS 409/2012 de 20 de enero Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez. Enlace CENDOJ http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6266510&links=alevos%C3%ADa&optimize=20120213&publicinterface=true

Es cierto que esta Sala ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado … Sin embargo, en el presente caso no se dan las notas que sugieren su aplicación. Según describe el hecho probado, el procesado -que había sido destinatario de una orden de alejamiento y prohibición de comunicarse con Adelina - pronunció distintas amenazas cuando ésta fue llamada por teléfono para que fuera a trabajar a un bar: " te vas a enterar, te juro por mis hijas que te vas a enterar". Además, durante la tarde "... Héctor llamó por teléfono en varias ocasiones a Adelina , pidiéndole que regresara a casa y que si iban a quedar esa noche y al negarse ésta, el procesado se puso agresivo y la amenazó nuevamente; también le mandó un mensaje SMS que decía "bumm". Todo indica, por tanto, que cuando Adelina vuelve a casa entre la 1 y las 3 de la madrugada, en compañía de su amiga Felicisima , conoce perfectamente el estado de ánimo del procesado, sabe que se ha pasado buena parte de la tarde haciéndole llegar mensajes conminatorios y conoce, en fin, la existencia fundada de una orden de protección y alejamiento.

indispensable una total ausencia de resistencia por parte de la víctima, siendo compatible la alevosía con una resistencia que suponga un mínimo riesgo para el agresor.

Junto a este requisito objetivo es necesario el subjetivo, donde el autor debe querer obrar sobre seguro, sin riesgos y aprovechando expresamente esa indefensión de la víctima[10]

La STS de 16 de octubre de 1996 en su Fundamento de Derecho Primero respecto del Recurso formulado por la Acusación Particular, y tras recordar las tres formas de alevosía, esto es, la *"proditoria", equivalente a trampa, emboscada o traición ("a leve", decían los clásicos); la que podíamos denominar "cobardía común", que consiste en aprovecharse el agente comisor de una situación de desvalecimiento de la víctima; y la "súbita o inopinada " en que la acción agresora surge de repente, por sorpresa*, señalaba que todas ellas tienen como elemento común el asegurar la ejecución del hecho sin riesgo para el autor, ya que procura el debilitamiento o anulación de la defensa por parte de la víctima. Afirma el TS que debe concurrir el elemento objetivo, que en el caso enjuiciado venía referido a la idea de lo sorpresivo o súbito, pero que igualmente debe concurrir el elemento subjetivo para poder apreciar la agravante de alevosía. El referido elemento subjetivo es la intencionalidad o dolo específico del agresor de buscar el aseguramiento de su propia integridad, evitando la defensa de su oponente. Por tanto debe concurrir el binomio antijuridicidad-culpabilidad, o lo que es lo mismo los elementos objetivos-subjetivos para poder apreciar la existencia de alevosía, incluso señala la referida sentencia que *las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal necesitan, para ser apreciadas, de una prueba tan sólida al menos como la que requieren los hechos principales objeto de enjuiciamiento.*[11]

Por su parte, la STS de 7 de abril de 2016[12], que mencionaba a la anterior, ha venido a señalar que la alevosía es una circunstancia agravante de la responsabilidad

[10] Centro de Información Jurídica en línea. 2018, p.4-5. file:///D:/CURSOS%202018/------PENDIENTES/1%C2%BA%20%20XXI%20%20SEMINARIO%20INTER%20D%C2%BA%20PENAL%20-%20ALCALA%202018/material/el_homicidio_calificado_por_alevosia,_ensanamiento_o_medio_insidioso.pdf

[11] STS 5580/1996 de 16 de octubre de 1996, Ponente Excmo. Sr. D. GREGORIO GARCIA ANCOS,Ç. Enlace CENDOJ:
http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3126305&links=alevos%C3%ADa&optimize=20031003&publicinterface=true

[12] STS 1443/2016, de 7 de abril de 2016, Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gómez de la Torre. Enlace CENDOJ:

criminal de un carácter esencialmente objetivo que incorpora un elemento subjetivo especial, dotando de esta forma a la acción de una mayor antijuridicidad junto a la que debe valorarse la culpabilidad del autor. En su Fundamento de Derecho DECIMO, y señalando las *SSTS 838/2014 de 12.12 , 703/2013 de 8.10 , 599/2012 de 11.7 , y 632/2011 de 28.6,* afirma que la agravante de alevosía viene aplicándose en los supuestos en los que por la forma de llevarse a cabo la agresión se evidencia la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo de una posible defensa de la víctima; así, lo que constituye la esencia de la alevosía como constitutiva del delito de asesinato del art. 139.1 del C. Penal, o bien como agravante ordinaria del resto de delitos contra las personas a que se refiere el art. 22.1 del C. Penal, es la inexistencia de probabilidades de defensa de la víctima.

Dicha Sentencia parece zanjar la discutida cuestión respecto al carácter objetivo o subjetivo de la agravante cuando señala que pese a que la Sala Segunda en ocasiones ha destacado el carácter subjetivo y en otras el objetivo, en los últimos tiempos y pese a admitir el carácter mixto, destaca la prevalencia del carácter objetivo de la agravante aunque exigiendo un plus de culpabilidad, al requerir una investigación previa meditada de los medios de que disponía, siendo necesario que el sujeto activo se haya representado que su modus operandi suprime cualquier riesgo y posibilidad de defensa por parte del ofendido, y desea obrar conforme a lo proyectado y representado. Concluye entendiendo la alevosía como una circunstancia mixta, al tener un carácter esencialmente objetivo que incorpora un elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad junto a la que debe valorarse la culpabilidad.

Ya se apuntó más arriba que la jurisprudencia no considera indispensable una total ausencia de resistencia por parte de la víctima para apreciar la agravante de alevosía, siendo compatible su apreciación con una resistencia que suponga un mínimo riesgo para el agresor, así la tan meritada STS de 7 de abril de 2016 se posiciona también sobre este particular y refiere transcribiendo lo señalado en la STS de 13 de marzo de 2000 [13]que*: "la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser*

http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7642104&links=alevos%C3%ADa%20%22286%2F2016%22&optimize=20160415&publicinterface=true

[13] STS 1976/2000 de 13 de marzo, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz. Enlace CENDOJ:http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3185412&links=alevos%C3%ADa&optimize=20030823&publicinterface=true

considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación"

En el mismo sentido la STS de 27 de abril de 2016, en la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez cuando en un caso de asesinato refiere en el Fundamento de Derecho Segundo que la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de asesinato, al apreciarse la alevosía no puede alterarse por *el hecho de que, en el momento del levantamiento del cadáver se constatara que la víctima había conseguido desasirse de la cuerda que unía sus manos. Tampoco por el dato de que en las uñas de Juana se encontraran restos biológicos que permitieron la identificación del ADN del acusado. El mayor desvalor de la acción alevosa se funda en la ventaja ejecutiva que proporciona al acusado el medio por él elegido para acabar con la vida de su oponente, que le permite eliminar todo riesgo para su persona mediante la neutralización de las posibilidades de defensa de la víctima*. De esta forma, entiende con claridad la Sentencia que no se requiere para apreciar la alevosía una total inmovilización de la víctima o ausencia total de la capacidad de movimiento físico por parte de quien *en una situación de notoria desigualdad, está siendo objeto de un ataque directamente encaminado a privarle de la vida.*[14], y la admite en casos como el descrito, donde la víctima intentó defenderse de la agresión, pero la defensa no generaba riesgo para el agresor.

En suma, el T. Supremo ha admitido reiteradamente la compatibilidad de la alevosía con intentos defensivos generados por el propio instinto de conservación (STS núm. 576/2006, de 19 de mayo), y también en determinados supuestos donde incluso ha mediado un forcejeo entre víctima y agresor , cuando claramente existe una desproporción de fuerzas entre ambos.[15]

III. CONCLUSIONES

Pese a que autores como CARBONELL MATEU[16] han cuestionado la necesidad de mantener la alevosía como agravante por entender que un sujeto que ha decidido

[14] STS 1935/2016 de 27 de abril, Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez. Enlace CENDOJ http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7671023&links=alevos%C3%ADa%20%22363%2F2016%22%20%22MANUEL%20MARCHENA%20GOMEZ%22&optimize=20160516&publicinterface=true

[15] FIGUEROA NAVARRO/ CÁMARA ARROYO. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ADPCP, VOL. LXVI. 2013, p. 519.

[16] MASIP DE LA ROSA, L.I. La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena 2017, p.28

realizar una conducta delictiva, es lógico que tome las medidas necesarias para asegurarse el resultado y evitar a la vez cualquier respuesta por parte de la víctima. En este sentido, lo anormal sería lo contrario, por lo que el planear la ejecución del delito con la intención de asegurarse el éxito no es considerado por esta corriente doctrinal como un mayor desvalor que merezca una mayor penalidad.

No obstante, en la misma línea que el legislador, que pese a las reformas operadas recientemente en el Código Penal ha optado por mantener la agravante genérica del art. 22.1 del C. Penal, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que he dado en este trabajo unas breves pinceladas, cabe entender que las conductas recogidas por la circunstancia agravante de alevosía suponen un ataque más grave a los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra las personas. Realmente eliminar las posibilidades de defensa de la víctima debe merecer una mayor penalidad y por tanto considero justificada la agravante.

* * * * * *

Prof. Marta Escudero Muñoz

Prof. Asociada de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid (España). Criminóloga. Fiscal sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

~La cualificación del asesinato por la circunstancia del art. 139.1.4 CP. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito~

Resumen: En el presente trabajo voy a estudiar la circunstancia 4ª del artículo 139 del CP, que califica como asesinato, matar a otro «*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*», que fue introducida por la L.O 1/15 de 30 de marzo, entrando a valorar las críticas que ha realizado la doctrina, el Consejo Fiscal y el CGPJ a esta modificación del Código Penal, para finalmente hacer un comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 7 de noviembre de 2017 que ha sido pionera en la aplicación de esta circunstancia a un supuesto de doble asesinato.

Palabras clave: Asesinato. Elementos del tipo. Circunstancias. Evitar descubrimiento. Sentencia pionera.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de asesinato ha sido modificado con la última reforma legislativa llevada a cabo con la LO 1/15 de 30 de marzo. Básicamente, incrementa las penas en estos delitos, eleva en función de las circunstancias la pena del homicidio, añade una nueva circunstancia al asesinato en el art. 139. 4º del CP e introduce la pena de prisión permanente revisable en el art. 140 del CP para determinados supuestos.

Principalmente, el fundamento de la reforma tiene como finalidad endurecer las penas, como así lo establece el propio Preámbulo de la Ley Orgánica:

> "*La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto*".

La demanda social se hace eco en la modificación del Código Penal[1] y responde a lo interesado y pedido por los movimientos sociales[2], que cada vez se hace mayor,

[1] CADENA SERRANO, F., El delito de Homicidio y Asesinato en la Reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, en:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740, dice "…La consecuencia indeseable de las modificaciones continuas en los textos legislativos básicos se plasma en la puesta en riesgo o no interiorización de esos valores. Por eso, más allá de la necesidad de incorporar Decisiones Marco y Directivas, sobre cuya realidad no hay crítica, el recurso fácil a la legislación motorizada, que criticara

como podemos comprobar en los casos mediáticos como en el de *la manada*[3] o en los casos de Marta del Castillo Diana Quer y los niños Mari Luz y Gabriel[4]. Los movimientos sociales, influyen y deciden en gran medida las modificaciones del Código Penal, imponen y opinan sobre las decisiones judiciales, y ello pese a lo establecido en la Constitución y en los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, realizados en Naciones Unidas. Nueva York en 2013[5].

Karl Smith, no es el camino más idóneo para conseguir que los valores que el CP proclama calen en el espíritu colectivo".

[2] En el caso del asesinato de la niña *Mari Luz*, Los padres de *Mari Luz* recogieron firmas para la introducción de la privación de libertad perpetua y se las hicieron llegar al entonces presidente José Luis Rodríguez Zapatero. Por su parte, los padres de *Marta del Castillo* reunieron 1.600.000 firmas y se reunieron con Mariano Rajoy que se mostró a favor de su introducción. Esta nueva sanción se pretendió instaurar por los representantes del Partido Popular a través de la Ley Orgánica 5/2010, pero finalmente no se introdujo. También está establecida esta pena revisable en varios países de la Unión Europea que incluyen en sus legislaciones desde hace años figuras similares a la pena de prisión permanente, tales como Francia (instalada desde 1994 a raíz de la violación y asesinato de una niña de 8 años por un reincidente y donde el preso puede quedar en libertad a los 30 años tras someterse a un estudio psiquiátrico), Alemania (donde se aplica en todos los delitos contra la vida y la revisión se produce a los 15 años), Italia (donde la revisión se produce después de 26 años), Reino Unido (donde está a instalada desde 1965, se aplica a todo asesinato cometido por mayores de 21 años y la revisión se hará después de un tiempo mínimo que deciden los jueces), Irlanda del Norte, Austria, Suiza o Dinamarca. En todos ellos los crímenes más graves se saldan con esta modalidad de prisión. En alguno de estos países como Francia, Italia y Reino unido fueron los gobiernos de izquierda los que la instauraron y dicha pena jamás ha sido sometida a cambios propiciados por los gobiernos de turno.(En http://agendadelcrimen.blogspot.com.es/2015/08/la-prision-permanente-revisable.html).

[3] Las estudiantes de secundaria de 14, 16 o 18 años se unen en España a las filas de un movimiento feminista cada vez más reivindicativo, identificándose con una joven abusada sexualmente por el grupo "La Manada" sin que los jueces concluyeran que hubo "violación".(https://es.noticias.yahoo.com/frente-las-violaciones-en-españa-las-estudiantes secundaria174226517.html?guccounter=).

[4] Para reivindicar la aplicación de la prisión permanente revisable, se han celebrado concentraciones en 28 ciudades del país y para pedir que se paralice la derogación de la norma, en la que participaron las familias de Diana Quer, Marta del Castillo y Mari Luz Cortés, algunos de los casos que más han conmocionado a la sociedad española. (En https://www.elespanol.com/espana/20180318/familias-victimas-gabriel-no-revoque-prision-permanente/292970951_0.html).

[5] Estos principios establecen las siguientes conclusiones: 1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. 2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo. 3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley. 4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. 6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

II. EL DELITO DE ASESINATO Y SUS MODIFICACIONES TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 1/15 DE 30 DE MARZO

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el artículo 139 del CP dispone: « 1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía; 2.ª Por precio, recompensa o promesa; 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, 4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. 2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.».

Vamos a estudiar, brevemente este delito, haciendo hincapié en la modificación efectuada, pues ya se ha escrito mucho sobre este ilícito, y lo que aquí interesa es resaltar la introducción de la circunstancia 4º del referido artículo del delito de asesinato.

1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la vida como libertad más importante a tutelar en su calidad de soporte ontológico del resto de las proclamadas por la Constitución Española (CE), que la contempla como valor y derecho desde la perspectiva del hombre-persona a la que es atribuible y de la que es predicable. Su objeto material coincide con el sujeto pasivo, es decir, el titular de tales derechos-valores[6].

2. Sujetos activo y pasivo

Se trata de un delito común (no especial) en el que coinciden sujeto pasivo y objeto material. La peculiaridad de tratarse de un tipo común afecta tanto a los sujetos activos como a los pasivos, y es lo que permite que las conductas homicidas dirigidas a sujetos pasivos que tengan una protección especial en el CP, como el rey, los jefes de Estado extranjero, personas protegidas internacionalmente por los tratados, entre otros, realicen tanto ese tipo especial como el común del homicidio, planteándose un conflicto a resolver por las reglas del concurso de normas.

[6] GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y jurisprudencia, Tirant Lo Blanch, 200, p. 12; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 41.

Respecto a los sujetos pasivos, es una cuestión discutida y fundamental determinar cuándo el objeto material lo es del aborto y cuándo del homicidio. Hay sujeto pasivo de homicidio a partir del momento en que existe una vida humana independiente.

Hay muchos criterios[7] para marcar la diferencia, pero la jurisprudencia apoya este criterio de la respiración pulmonar. El comienzo de la protección que dispensa el tipo se identifica con el nacimiento, esta respiración pulmonar totalmente autónoma, pues caso de que fuere fetal o dependiente nos encontraríamos ante supuesto abortivo en el peor de los casos, es decir, vida independiente del hombre como miembro de su especie[8].

3. Conducta típica: causar la muerte

El final de la protección que dispensa el tipo se identifica con la muerte. Como dice CARBONELL MATEU, J.C., "el fin de la vida (la muerte) determina el final del objeto de protección del delito de homicidio"[9]. La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, y el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, fijan la muerte en la confirmación irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o en el cese irreversible de las funciones encefálicas. El artículo 3.8 del referido Real Decreto define la "certificación de muerte" como el acto médico en

[7] Los criterios utilizados en la doctrina para estimar el inicio de la vida independiente son varios: • Comienzo de la expulsión motivada por el parto. • Visibilidad con expulsión completa del claustro materno. • Posibilidad de realizar una acción homicida directa sobre el objeto material sin afectación maternal alguna. • Completa expulsión del claustro materno más corte del cordón umbilical. • Completa expulsión del claustro materno más respiración pulmonar autónoma, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 41.

[8] CARRASCO ANDRINO, MAR. Derecho Penal. Parte Especial. Tema 1: El homicidio y sus formas. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf. señala cuales son las posiciones doctrinales sobre la disponibilidad de la vida son las siguientes: a) la mayoría: bien indisponible. Sus argumentos: El art. 15 CE tan solo contiene una garantía del ciudadano frente al Estado, que queda así obligado a respetar y proteger la vida frente a los ataques ajenos. No recoge un dcho subjetivo a la vida, pues el Estado está obligado a intervenir con independencia de su titular. Esa es la razón por la que se castiga la inducción y auxilio al suicidio en el CP. La no incriminación del suicidio se explica por razones de política criminal. b) Una minoría: bien disponible. Sus argumentos: una interpretación sistemática del art. 15 CE permite sostener que en él se contiene un derecho a morir (a decidir el momento y la forma de morir). Leer arts. 1.1, 10 y 17 CE. El derecho a morir está implícito dentro del derecho a la vida del art. 15 CE. No puede haber un deber de vivir en aras de un interés social (demografía, etc.) en un sistema jurídico que considera a la libertad personal como valor superior de su ordenamiento. Por ello el suicido no se castiga en el CP. Es algo lícito. Se castiga la participación en el suicidio, porque la facultad de disposición de su titular está limitada a él mismo, no autoriza los ataques provenientes de terceros, pues dada la trascendencia de la decisión de quitarse la vida, en s su adopción y en la ejecución de la propia muerte no deben interferir los terceros.

[9] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 41.

virtud del cual se deja constancia escrita del diagnóstico de la muerte de un individuo, bien sea por criterios neurológicos (muerte encefálica) o por criterios circulatorios y respiratorios. Cualquier acto capaz de causar la muerte después de haberse producido ésta ya no constituye un delito de homicidio.

Al tratarse de un delito de resultado, constituye parte del tipo la relación de causalidad entre la acción y el resultado muerte, que pueden estar muy separados en el tiempo. Cuando se producen resultados de muerte separados temporalmente de forma muy distante con la acción típica, habrá que determinar si el resultado final de muerte le es imputable objetivamente a esa acción en atención a las concretas circunstancias del caso, o, si por el contrario, concurriendo "animus necandi" nos encontramos ante una tentativa de homicidio.

4. El elemento subjetivo: ánimo de matar

Sobre este particular una reiterada jurisprudencia ha destacado que el cuestionamiento de la concurrencia del ánimo que guía la conducta del acusado en la realización de los hechos es un hecho de carácter subjetivo que pertenece al ámbito interno de la conciencia del sujeto, el cual generalmente solo pueden acreditarse a través de una inferencia realizada por el tribunal sobre la base de aspectos objetivos previamente acreditados.

Por ello el elemento subjetivo de la voluntad del agente, substrato espiritual de la culpabilidad, ha de jugar un papel decisivo al respecto llevando a la estimación, como factor primordial, del elemento psicológico por encima del meramente fáctico, deducido naturalmente, de una serie de datos empíricos, muchos de ellos de raigambre material o física, de los que habría que descubrir el ánimo del culpable y ello a pesar de su relatividad y de advertencia de las dificultades derivadas de la circunstancia de la igualdad objetiva y equivalencia del bien jurídico vulnerado en las lesiones consumadas y el homicidio imperfecto en su consecución. Las hipótesis de disociación entre el elemento culpabilístico y el resultado objetivamente producido, dolo de matar, por un lado, y mera originación de lesiones, por otro, ha de resolverse llegando a la determinación de si realmente hubo dolo de matar, dolo definido en alguna de sus formas, aún el meramente eventual -que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad en que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado-; o la intención del individuo no fue mas lejos

del "*animus laedendi* o *vulnerandi*", sin representación de eventuales consecuencias letales.

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntad en su acción dirigida hacia la meta propuesta de acabar con la vida de una persona, dolo de matar que, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto, solo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible circundante a la realización del hecho y que según reiterada jurisprudencia (STS 4.5.94, 29.11.95, 23.3.99, 11.11.2002, 3.10.2003, 21.11.2003, 9.2.2004, 11.3.2004), podemos señalar como criterios de inferencia: 1) Las relaciones que ligan al autor y la víctima, "también están las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales" (STS. 17.1.94). 2) La personalidad del agresor, "decidida personalidad del agente y el agredido" (STS. 12.3.87). 3) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos procedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento. 4) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda, "palabras que acompañaron a la agresión (STS. 3.12.90) y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal. 5) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, "medios e instrumentos empleados en la agresión" (STS. 21.2.87). 6) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal, "las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se dirige, no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tienen al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado" (STS 13.2.93). Pero si bien la mayoría de la jurisprudencia esta circunstancia de las zonas de las heridas coinciden en considerado el argumento más concluyente del ánimo que mueve al agresor, "las zonas sobre las que se produce la incisión ponían en riesgo la vida de la víctima y revelaban un ímpetu homicida más allá del simple propósito de causar lesiones" (STS 9.6.93) no son extrañas otras de signo contrario, "el hecho de que las heridas fuesen susceptibles de causar la muerte no quiere decir que nos encontramos ante un inequívoco e indiscutible "animo de matar" (STS 13.6.92 y 30.11.93). 7) Insistencia y reiteración de los actos atacantes, "duración, número y violencia de los golpes"(STS 6.11.92, 13.2.93), continuación del acometimiento hasta la propia vía pública (STS 28.3.95); pero que es matizado por la

misma jurisprudencia en el sentido de poderse inferir la existencia de ánimo de matar en el caso de herida poco profunda, pero como recuerdan las STS 14.7.88 y 30.6.94, cuando el autor realiza un comportamiento que por si mismo es idóneo para producir el resultado, no cabe sino delito de homicidio frustrado. 8) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y transcendencia de los mismos (STS 4.6.92).

Estos criterios que "ad exemplum" se describen no constituyen un sistema cerrado o "*numerus clausus*", sino que se ponderan entre si para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se contrastan con otros elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura deducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente. Sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad de sus actos» (STS 2ª 02/04/2009-11186/2008 -EDJ2009/50780-).

Añadir, también, que La jurisprudencia de la Sala 2ª, viene considerando como criterios de inferencia para colegir el ánimo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la petición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; 755/2008, de 26-11)» (STS 2ª-12/06/2009-10083/2009).

En otras sentencias, se viene sosteniendo invariablemente que el tipo subjetivo, es decir la existencia de una voluntad de matar se infiere de la dirección dada por el autor al golpe dirigido contra la víctima. De esta manera, cuando el autor dirigió el golpe con un arma a una parte del cuerpo, que de haber tenido éxito el ataque, podría haber producido la muerte, se considera acreditado que obró con el dolo propio del delito de homicidio. La Defensa argumenta sin tener en cuenta que lo decisivo es la dirección del golpe, no el éxito del golpe. El éxito es evidentemente necesario para la consumación,

pero irrelevante para la tentativa, por la que fue condenado el recurrente. Tampoco tuvo en cuenta la Defensa que carece de relevancia que el recurrente no haya empleado la fuerza necesaria para producir la muerte. La causa por la que una acción que comenzó la ejecución del delito no ha logrado la consumación no es tampoco relevante para la calificación del hecho como tentativa. Toda tentativa es consecuencia de una acción incapaz de lograr el propósito del autor. En consecuencia, la herida producida en la cara ha sido causada por un golpe dirigido a una zona donde hubiera sido peligrosa para la vida de la víctima, dada la cercanía del cuello. Lo mismo ocurre con la herida dirigida al hemitorax» (STS 2ª-25/05/2009-1717/2008; y STS 2ª-27/04/2009-11603/2008).

5. Las circunstancias que cualifican el asesinato: para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

La circunstancia 4ª, añadida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, califica como asesinato, matar a otro «*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*».

Como hemos visto, las circunstancias que cualifican el asesinato, son ejecutar el hecho con alevosía, ensañamiento, por precio recompensa y promesa, y para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

Esta circunstancia ha sido introducida con la reforma de la LO 1/15 de 30 de marzo, y parece de nuevo cuño, sin embargo hay autores que estiman que existen reminiscencias históricas en el Código Penal de 1822[10]. Se desconocen las razones por las que esta circunstancia ha sido introducida, porque la Exposición de Motivos nada dice al respecto.

Nos encontramos ante dos circunstancias distintas: a) que el asesinato se cometa para facilitar la comisión de otro delito, y b) que el asesinato se cometa para evitar que otro delito se descubra. Tenemos como precedente el Código penal Alemán que la regula en en el parágrafo 211, que reza del siguiente tenor literal: "*El asesinato se castigará con pena privativa de libertad de por vida. Asesino es quien mata a un ser humano: por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia o de otra manera por móviles abyectos, con alevosía o cruelmente, o con medios para cometer otro delito o para encubrirlo*".

Respecto de esta última, la doctrina ha criticado que una determinada motivación

[10] RASILLO LÓPEZ, M.P., (Coord.) y otros, Del homicidio y de sus formas, en: Últimas Reformas Penales de Formación a distancia 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2017, p.172.

para realizar el hecho suponga una mayor sanción[11]. El Consejo Fiscal afirma que la persona que cometa algún ilícito con los fines establecidos en el art. 139. 4º, no comete una conducta más grave que la de asesinar; además que no es necesaria la reforma pues nuestro Código Penal ya daba respuesta a estas situaciones a través de las figuras del concurso medial[12] o del encubrimiento; también se dice que la nueva circunstancia puede ocasionar problemas concursales de difícil solución, lesionándose el principio *non bis in idem*[13] 5y que supone el llamado "Derecho penal de autor"[14]. También se discute si se aplica el art´. 139.4 CP cuando se quiere encubrir el delito de un tercero[15].

[11] El Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, ha hecho referencia a esta crítica.

[12] Si se mata para robar, y no se consigue robar, a pesar de haberse iniciado el *iter criminis* del delito contra la propiedad, por causas independientes de la voluntad del autor, cabría el concurso entre el delito del artículo 139.1.4ª CP consumado y el delito de robo violento en grado de tentativa. Y si se consigue robar, pero no se produce la muerte deseada por el autor pese a la provocación de heridas potencialmente peligrosas para la vida de la víctima, el concurso sería entre el delito de asesinato en grado de tentativa acabada del artículo 139.4 CP y el delito consumado de robo.

[13] MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y2/2015, de 30 de marzo, p. 40; RODRÍGUEZ PADRÓN, C., Del homicidio y de sus formas, en Últimas Reformas Penales de Formación a distancia 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2017, pag.173 y VIVES ANTÓN, T., y otros, Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 42, que pone el ejemplo del homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.

[14] El CGPJ en su informe de 2013, hace referencia a que la modalidad del asesinato consistente en la privación de la vida como medio para facilitar la comisión de otro delito como forma que resucita y vuelve a la vida –wieder auf Lebem- el delito complejo de robo con homicidio. Al margen de la similitud, no es que se vuelva a un delito complejo que aglutine en su tipicidad la protección de ambos bienes jurídicos, sino que, por un lado, existirá un delito contra la vida cualificado por el propósito o finalidad de facilitar la comisión de otro delito o de evitar su descubrimiento, y por otro, la correspondiente figura del delito facilitado o encubierto que reclamará punición independiente. En el delito de asesinato, en fin, no se contempla el contenido de injusto típico del delito fin, como tampoco del delito encubierto, sino tanto solo el propósito o finalidad de su causación o evitación de descubrimiento. De ahí las críticas de quienes consideraban que el proyectado artículo 139.1.4ª PCP constituía una agravación de la responsabilidad en atención al plan delictivo del autor, que podría ser valorada como absolutamente ilegítima, al suponer la anticipación del castigo de un hecho futuro, lo que podría suponer la vulneración del principio de responsabilidad por el hecho y su aproximación a un denostado Derecho penal de autor. También, en este sentido en: VIVES ANTON, T., y otros, Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016: "En el caso de la facilitación no es necesario que el otro delito comience a ejecutarse, ni siquiera a realizarse actos preparatorios, basta con que en el plan del Autor de la muerte figure dicha comisión; basta, en fin, con que se actúe para facilitarla; expresión que no exige en absoluto que efectivamente la facilite; es más, ni siquiera parece exigir la idoneidad del hecho. Se trata, pues, de un elemento subjetivo finalístico que conduce claramente al reproche ético de Derecho penal de autor. Lo mismo cabe afirmar cuando se mata para evitar el descubrimiento de otro delito, si bien en este caso sí tiene que haberse consumado o, al menos, comenzado la ejecución de éste. Sin que en absoluto sea exigible la idoneidad concreta del «encubrimiento», p. 40.

[15] CADENA SERRANO, F., El delito de Homicidio y Asesinato en la Reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, *ob. cit*., p. 11. VIVES ANTÓN, T., Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016 en este sentido dice, que cuando el precepto habla de "otro" se entiende que basta con que el autor mate justamente con la intención determinada de facilitar o de evitar el descubrimiento del ya cometido. Lo que convierte tal finalidad en un elemento subjetivo del tipo, que recuerda la estructura de los antiguos delitos complejos, como el robo con homicidio (matar para robar),que parecía definitivamente abandonado en aras de una regulación más ajustada a los principios

En este sentido MUÑOZ CONDE, dice que la otra modalidad de esta circunstancia, matar para que no se descubra otro delito, "plantea dudas respecto a su compatibilidad con la circunstancia 2ª del art. 140,1, que determina la aplicación de la pena de prisión permanente cuando el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual". Si se mata a la víctima de un delito contra la libertad sexual, para evitar ser descubierto constituye en la actual regulación una doble valoración de un mismo hecho, porque se convierte en asesinato sin necesidad de que concurra otra circunstancia, y además, es aplicable la cualificación 2ª del art. 140,1, y por tanto es aplicable la prisión permanente".

Como veremos, esta circunstancia prevista en el apartado 4º del art. 139 CP, no ha sido objeto de aplicación en nuestra jurisprudencia hasta muy recientemente.

6. Concurrencia de varias circunstancias en el delito de asesinato.

Dispone el artículo 139.2:

«2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.»

7. Circunstancias agravantes específicas del delito de asesinato.

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el artículo 140 del CP dispone: «1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.»

penales. Ahora ni siquiera parece necesaria la unidad de autoría. Y se insiste en añadir excepciones a la regulación ordinaria del concurso de delitos", p. 41.

III. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2017

En primer lugar, haré mención a los hechos, para después analizar los argumentos que sigue el Tribunal y finalmente exponer la decisión que toma el Tribunal. Se trata de un juicio por jurado y hay que resaltar que esta sentencia resulta pionera en la aplicación de la circunstancia 4ª del artículo 139 CP, por lo que merece ser analizada.

Los hechos podemos resumirlos en los siguientes: el acusado, con motivo de la ruptura de la relación sentimental con la que durante cuatro años había sido su pareja, tomó la decisión de acabar con su vida, y para llevar a cabo su plan, la convenció para que acudiera al que había sido el domicilio común para recoger sus cosas. La víctima, conocedora del carácter violento del acusado, pidió a una amiga que la acompañara. Y así, el día 6 de agosto de 2015, ambas llegaron a la vivienda del acusado y éste, una vez que las dos amigas entraron, cerró con llave desde el interior y, en ejecución del plan que había preparado, propinó a su ex pareja, de forma inesperada y totalmente sorpresiva, un fuerte golpe en la cabeza con el que ésta quedó inconsciente y sin posibilidad alguna de defenderse, para después estrangularla con una brida de plástico corredera puesta alrededor del cuello.

Cuando la amiga intentó salir del domicilio para pedir auxilio, el acusado se lo impidió y, tras un forcejeo entre ambos, para no dejar testigo alguno de los hechos, la agarró del cuello y apretó hasta matarla, causándole también la muerte por asfixia mecánica por estrangulación. Finalmente trasladó los cadáveres hasta el lugar que previamente había buscado y los enterró con cal, tal y como tenía planeado.

El delito sobre la expareja se calificó como asesinato concurriendo la circunstancia de alevosía (art. 139.1.1 CP), en este caso sorpresiva, en atención a la forma inesperada del ataque, sin posibilidad alguna de defenderse, y el de la amiga se calificó por la circunstancia 4ª (para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra).

Como hemos dicho, esta circunstancia del artículo 139 del CP se introdujo con la reforma de la LO 1/15, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, es decir, antes de producirse los hechos:

> *"… A.-En relación con este segundo asesinato, que es el que aquí nos interesa, el Tribunal del Jurado entiende que se trata de un asesinado previsto en el artículo 139. 4º*

y no un delito continuado de asesinato en relación con el artículo 74 del CP. Transcribo lo que resolvió el Tribunal por ser de alto interés por lo novedoso del tema:

También concurren todos los elementos que el delito de asesinato comparte con el de homicidio, como es, y ya se ha dicho, una acción voluntaria e intencional, y por lo tanto dolosa encaminada a producir la muerte de una persona, concurriendo además una de las circunstancias que contempla el citado artículo 139.1 del Código Penal; concretamente la 4ª, ("Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra"), circunstancia 4ª que fue introducida en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, (que entró en vigor el 01.07.2015; es decir, antes de producirse los hechos).

B. En esa nueva circunstancia 4ª, (introducida por L.O. 1/2015), tanto cabe que la muerte dolosa se haya producido inmediatamente antes o después del delito ocultado, o incluso mucho tiempo después; resultando que la antijuridicidad de la conducta no se encuentra en que exista una relación de sucesión temporal entre uno y otro delito, sino una relación funcional, es decir, que la muerte sirva para evitar el descubrimiento de otro delito y que el dolo del autor de la muerte abarque esa circunstancia.

C. Pues bien, los Médicos Forenses señalaron en el plenario (como se indicó en el primero de los fundamentos de derecho de la presente Sentencia), que los desgarros de las prendas que llevaba Laura respondían a un forcejeo, que las equimosis del cuero cabelludo eran compatibles con un golpe recibido en un forcejeo, que el hematoma que ella presentaba en el pómulo izquierdo se correspondía con un puñetazo y que los infiltrados equimóticos que se observaban en el cuello de Laura respondían a la aplicación de dedos sobre el mismo, (aplicando fuerza activa), y de tales conclusiones efectivamente se infiere que, (tal y como declaró probado el Jurado), Laura intentó salir del domicilio y el acusado se le impidió, (de ahí el forcejeo),causándole la muerte, por asfixia mecánica por estrangulación, al ser la única forma de asegurarse el acusado que no quedaban testigos del asesinato de Maryna.

Y no puede aplicarse respecto de dichos dos asesinatos el artículo 74 del Código Penal, (y ello en contra del criterio sostenido por el Letrado defensor), al suponer las agresiones protagonizadas por el acusado ofensas a bienes eminentemente personales, las cuales quedan exceptuadas de los supuestos de continuidad delictiva según establece tajantemente el art. 74.3 del Código Penal. Así lo tiene establecido la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que en Sentencia, por ejemplo, de 19.05.2003, recurso 535/2002, ha señalado lo siguiente: <<……cuando la incidencia del hecho criminal alcanza a bienes eminentemente personales (como es la vida o integridad de las personas), aunque sea potencialmente, no es posible aplicar el propósito que guía al Legislador de unificación de distintas acciones en una sola acción jurídica como es el delito continuado……>>".

Por tanto entiende, que lo importante no es cuando se haya producido el hecho, que puede ser antes o después del delito ocultado, no siendo necesario una sucesión temporal, sino una relación funcional, es decir, que la muerte sirva para evitar el descubrimiento de otro delito y que el dolo del autor de la muerte abarque esa circunstancia[16].

[16] Llamar la atención que en Derecho Alemán si se tiene en cuenta la sucesión temporal, y así CADENA SERRANO, F., El delito de Homicidio y Asesinato en la Reforma operada por la LO 1/15 de 30 de marzo, dice:"… el seguimiento del principio de culpabilidad por el hecho lleve a los Tribunales a establecer restricciones a su aplicación, cual ya se ha hecho por la jurisprudencia alemana, como serían

En este caso, la víctima intentó salir del domicilio, y el acusado se le impidió, forcejeando con la víctima, causándole la muerte por asfixia mecánica por estrangulación, al ser la única forma de asegurarse que no quedaban testigos del asesinato de su ex pareja.

Entiende también el Tribunal, que concurre la circunstancia agravante de abuso de superioridad por haber actuado el acusado con un evidente desequilibrio de fuerzas a su favor y una notable disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, tras propinarle el fuerte golpe en el pómulo que disminuyo su nivel de consciencia. Y no concurre la agravante de abuso de confianza al no existir entre ellos una relación de especial amistad de la que el acusado se hubiera servido para matarla.

Finalmente, el Tribunal del Jurado castiga por el delito de asesinato de la amiga de la primera víctima, a 23 años de prisión, más las accesorias de prohibición de residir en Cuenca, y aproximarse a los familiares de las víctimas, así como a la de libertad vigilada por un tiempo de 10 y 8 años, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, aplicando, como hemos dicho, por primera vez esta controvertida circunstancia 4ª del artículo 139 del CP.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto, no es pacífica la discusión sobre la introducción de la calificación del delito de asesinato, configurada en matar a otro «*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*», tipificada en el artículo 139. 4º del C.P.

Ello no obstante, la Audiencia Provincial de Cuenca ha resuelto en el sentido de aplicar esta circunstancia al caso expuesto. El Tribunal del Jurado estima que concurre esta circunstancia y por tanto castiga como asesinato, por entender que el acusado mató a una segunda persona para evitar ser descubierto. Pero lo que es mas importante, estima que no es necesario una sucesión temporal, sino que baste una sucesión funcional, lo que es contrario a la teoría Alemana, que sin embargo dio vida a la introducción de esta modificación en nuestro Código Penal.

Esta sentencia fue declarada firme por Auto de 4 de diciembre de 2017, dado que la defensa no interpuso recurso alguno contra la misma, por lo que todavía no tenemos ninguna otra resolución del Tribunal Superior de Justicia ni del Tribunal Supremo que

las derivadas de una separación temporal excesiva entre el delito de asesinato y el delito que quiera encubrirse o de un plan de autor específico que hubiera premeditado el delito contra la vida, pero no el delito fin, que pudiera surgir esporádica e incidentalmente".

nos ayude a dilucidar las numerosas críticas y las posibles dificultades en su aplicación que entienden que vulnera el principio de *non bis in idem* y en algunos casos el principio de proporcionalidad de las penas.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R., La omisión ante el suicidio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En: La comisión por omisión. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994. (Cuadernos de Derecho Judicial; XXIII-1994).

BERNARDI, A. Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea. Polít. crim. [online], vol.5, n.9.

BRAGE CERDÁN, S., Cuadernos de Criminologia. La Criminología de la violencia, Santiago de Compostela, J.M. Bosch Editor, 2013.

CARRASCO ANDRINO, M., Derecho Penal. Parte Especial. Tema 1: El homicidio y sus formas. Disponible en:

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf.

COBO DEL ROSAL Y OTROS, El Código Penal (con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004), Bosch, Barcelona, 2004 e Instituciones de Derecho Penal Español, Parte General, CESES ediciones, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord) y otros, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, 2016.

GRACIA MARTÍN, L./VIZUETA FERNÁNDEZ, Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y jurisprudencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

LUZÓN PEÑA, D., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tirant Lo Blanch, 2018.

MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y2/2015, de 30 de marzo.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho Penal Español, Tirant Lo Blanch, 2015.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., Código Penal (5ª edición), concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, La Ley, Madrid, 2015.

VELA MOURIZ, A,. Contenido y novedades de la L 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE de 28 de abril), en Diario La Ley, Nº 8529, Sección Documento on-line, 29 de Abril de 2015, Editorial LA LEY.

VIVES ANTÓN, T., y otros, Derecho Penal. Parte Especial (4ª edición), actualizada a la LO 1/15, Tirant Lo Blanch, 2016.

CÓDIGO PENAL COMENTADO, Comentarios, Jurisprudencia, Legislación complementaria e Índice Analítico, Colex, 2011.

CÓDIGO PENAL COMENTADO, Jurisprudencia Sistematizada, Tirant Lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2011.

DIARIO LA LEY, Nº 9173, Sección Jurisprudencia, 9 de Abril de 2018, Editorial Wolters Kluwer

* * * * * *

M.ª Mercedes Fernández Saldaña
Abogada del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Almería. Socia de la FICP.

~La corrupción y el futuro~

I. DELITOS DE CORRUPCIÓN EN DERECHO ESPAÑOL TRAS LA REFORMA EN EL CÓDIGO PENAL DE 2015.

En primer lugar, habría que especificar que en el CP no existe un "delito de corrupción" propiamente dicho. Lo que si aparecen tipificados en dicho código son los "Delitos contra la Administración pública", entendiendo de esta manera que es esta referencia la que debemos tener en cuenta cuando se habla de corrupción. Además, no existe una sistematización relativa a la corrupción política, hecho que, por otro lado, dificulta la persecución de los delitos de corrupción política y hace ineficaz una lucha fructífera contra los mismos, existiendo, por otro lado, la cuestión de los aforamientos, como otra dificultad añadida a la problemática que ya de por si presentan este tipo de delitos. No es, pues, sencillo encontrar un concepto unívoco de corrupción[1]. Ni siquiera la Convención de las Naciones Unidad contra la Corrupción -EDL 2003/247395-, incluye su definición. proporciona un listado de conductas que los Estados partes deberán tipificar como delito por estimarse incluidos en el concepto de corrupción, comprendiendo, eso sí, definiciones de algunas de las figuras que se incluyen en ese concepto, como el soborno (activo) y extorsión (soborno pasivo), tanto de funcionarios (art.15) como en el sector privado (art.21); la malversación; la apropiación indebida como otras formas de desviación de bienes (art.17 y 22); el tráfico de influencias (art.18); el abuso de funciones (art.19) y el enriquecimiento ilícito (art.20).

Se pueden considerar delitos relacionados con la corrupción, los siguientes:

1. El delito de corrupción en los negocios o soborno del Artículo 286 bis CP. Sujeto activo del delito pueden ser los directivos, administradores, colaboradores o empleados de una empresa mercantil o sociedad, con la consiguiente derivación de responsabilidad civil o penal a la sociedad. Por primera vez se recogió este delito en el derecho español, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó al CP.

[1] MAGRO SERVET, V., Praxis de la respuesta judicial ante los delitos de corrupción política, Diario La Ley Nº 8557, Sección Doctrina, de 9 de junio de 2015, Ref. D-230, pp. 1-21.

2. Delitos relacionados con la Ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico de los Artículos 320 y 322 CP. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión y la de multa (art. 320 CP). También la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos (art. 322 CP), y la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio (art. 329 CP).

3. Delitos de Prevaricación de funcionarios públicos de los Artículos 404, 405 y 408 CP. Se castiga la conducta de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo o cuando, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello. Son delitos especiales y las penas son también especiales (prisión y penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo).

4. Delitos de Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos de los Artículos 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público. También se aplica cuando haya restringido el acceso a documentos, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización. En caso de que revelare secretos o informaciones de los que tenga

conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público, pena que se puede agravar hasta la prisión.

5. Delitos de Cohecho de los Artículos 419, 420, 421 y 422 CP. Cohecho es considerada sinónimo de corrupción, es decir, recepción o solicitud, por parte de autoridad o funcionario público -y en provecho propio o de un tercero, por sí o por persona interpuesta-, de una dádiva, favor o retribución de cualquier clase, así como cuando acepta ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, sancionado con penas de prisión, multa e inhabilitación especial, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito. Los tipos atenuados se refieren a los supuestos de recepción o solicitud de dádiva para realizar un acto propio de su cargo, como recompensa del ya realizado, o simplemente en consideración a su cargo o función.

6. Delitos de Tráfico de influencias de los Artículos 428, 429 y 430 CP. El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, imponiéndose estas penas en su mitad superior si se obtuviere el beneficio perseguido.

7. Delitos de Malversación de los Artículos 432, 433, 434 y 435 CP. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

8. Delitos de Fraudes y exacciones ilegales de los Artículos 436, 437 y 438 CP. La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión e

inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social. Otro tipo simular, dentro del mismo delito, es aquel en que incurre la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada.

9. Delitos de Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función de los Artículos 439, 441, 442 y 443 CP. La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. En cuanto al abuso en el ejercicio de sus funciones, será castigado con la pena de prisión e inhabilitación absoluta, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

10. Delitos de Corrupción en las transacciones comerciales internacionales de los Artículos 286, 3º y 4º CP. Este tipo delictivo contiene dos modalidades de corrupción: la corrupción de funcionarios públicos extranjeros y la corrupción de funcionarios públicos de organismos internacionales.

11. Financiación ilegal de los partidos políticos del Artículo 304 bis CP (Título XIII bis CP, introducido por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo). Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, es decir, que sean anónimas,

finalistas o revocables; que, procediendo de una misma persona, superen los 50.000 euros anuales o, siendo en especie, su valor exceda de dicho importe y no se haya expedido certificación en la que se haga constar, además de la identificación del donante, el documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado haciendo mención expresa del carácter irrevocable de la donación; o que procedan de personas jurídicas o de entes sin personalidad jurídica.

El bien jurídico protegido, según la doctrina, son las funciones constitucionales de los partidos políticos, que merecen una protección penal específica. Los art.304 bis y 304 ter CP, que se configuran como normas penales en blanco, contienen dos tipos penales: el de la financiación ilegal privada y el tipo específico de asociación ilícita con fines de financiación política.

Según OLAIZOLA NOGALES[2], no es el funcionamiento del sistema de partidos en sí mismo lo que constituye un bien jurídico merecedor de protección penal. El criterio para decidir cuándo una conducta de financiación ilegal merece reproche penal y cuándo no, debe venir derivado de las propias funciones constitucionales que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos. Dichas funciones se recogen en el artículo 6 de la Constitución Española que indica que los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. El delito de financiación ilegal tendrá sentido sólo para proteger aquellas conductas que, no estando correctamente recogidas en los tipos actuales, perturben aquellas funciones de servicio a los ciudadanos que cumplen los partidos. Los partidos son los instrumentos necesarios para que los ciudadanos puedan participar en la vida política y canalizar a través de ellos sus intereses. Esa formación y manifestación de la voluntad popular debe producirse libre de injerencias extrañas que busquen favorecer intereses y voluntades particulares frente a la voluntad programática. Y este será el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal. La corrupción hace que los sectores económicos sean los que impongan los reales programas políticos aunque no se publiciten. De la misma manera, determinadas conductas de financiación ilegal pueden hacer que el real programa del partido político no sea el que verdaderamente se ofrece y al que los ciudadanos votan,

[2] OLAIZOLA NOGALES, I., Las reformas legales relacionadas con la financiación de los partidos políticos en España, en Corrupción Pública, prueba y delito: Cuestiones de libertad e intimidad, Aranzadi. Navarra 2015; y El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP, en Diario La Ley Nº 8516, Sección Tribuna, 10 de Abril de 2015, Ref. D-141, Editorial La Ley, pp. 253-258.

produciéndose una perturbación grave de las funciones de formación y de manifestación popular. Por tanto, concluye este autora, no cualquier perturbación de la transparencia financiera de los partidos o de la igualdad entre las fuerzas políticas o de la democracia interna de los partidos será suficiente para ser tipificada penalmente a través de un tipo autónomo, sino que se sancionarán penalmente aquellas conductas que, trascendiendo del ámbito interno del partido, supongan una perturbación de la manifestación de la voluntad popular.

12. Alteración de precios en concursos y subastas públicas del Artículo 262 CP. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión y multa, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años (art. 262 CP).

II. LA CORRUPCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL.

1. Desarrollo internacional.

La normativa internacional más relevante en este aspecto internacional de la corrupción, la encontramos en la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*[3], así como en la OCDE y su *Convención contra el Cohecho internacional*[4] y en el Grupo de trabajo *GRECO*[5], *Grupo de Estados contra la Corrupción* dependiente

[3] Más información de la Convención de Naciones Unidas, texto completo: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

[4] Ratificación española: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-13012, Para más información acerca del cohecho internacional y la Convención Anticohecho de la *OCDE*: www.oecd.org/daf/nocorruption.

[5] Más información acerca de *GRECO*: https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco.

del Consejo de Europa[6]. Cronológicamente podemos establecer diferentes momentos relevantes en el desarrollo de la misma:

a) En 1988, en la Unión Europea, se crea la "*Unidad de Coordinación de la Lucha contra el Fraude"* (UCLAF) que colabora con los departamentos antifraude nacionales y ofrece la coordinación y la asistencia necesarias para luchar contra el fraude transnacional organizado. Sus competencias aumentan gradualmente de acuerdo con las recomendaciones del Parlamento Europeo.

b) En 1997, la OCDE aprueba el *Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales* (también conocido como "Convenio Anticohecho").

c) En 1999, se crea la OLAF que supone la creación de un nuevo organismo antifraude con mayores poderes de investigación, con una Oficina Europea de Lucha contra el Fraude con competencias de investigación independiente (Decisión 1999/352) y la elaboración de las normas generales para las investigaciones de la OLAF (Reglamento 1073/1999). La OLAF[7], investiga las acusaciones de fraude y asiste activamente a todos los Estados Miembros e Instituciones de la UE. El proyecto Pluto fue creado para ayudar a la Dirección General de la Sociedad de la Información de la Comisión a mejorar sus capacidades de auditoría y funciones de control a través de potentes herramientas de análisis e información sobre los indicadores de fraude, basándose en la experiencia operativa de la OLAF.

d) En 1999, el Consejo de Europa, aprueba los Convenios penal y civil contra la corrupción así como la creación del grupo de trabajo GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción). El GRECO se creó con el objetivo de mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción realizando un seguimiento mutuo del cumplimiento de los estándares anticorrupción adoptados por el Consejo de Europa. Es un proceso dinámico de evaluación mutua y presión social, que ayuda a identificar las deficiencias en las políticas nacionales anticorrupción, provocando reformas legislativas, institucionales y prácticas necesarias y es una plataforma para compartir las mejores prácticas en la prevención y detección de la corrupción.

[6] Más información acerca de la Estrategia Integral Anticorrupción de la *Unión Europea:* - Comunicación donde se establece la Estrategia COM (2011) 308: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52011DC0308.

[7] Más información de la Estrategia conjunta con la OLAF y Programa PLUTO en: http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/200614, p.6.

e) En 2005, la ONU celebra la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (UNCAC). Entró en vigor en diciembre de 2005, se estructura en cuatro capítulos fundamentales:

1) Prevención.

2) Penalización.

3) Cooperación internacional.

4) Recuperación de activos.

Sus herramientas de aplicación son la Conferencia de Estados parte de la UNCAC así como los servicios de la Secretaría General de la ONU. La Convención fomenta la participación de la sociedad civil en este mecanismo y para ello es clave el rol de la Coalición UNCAC, red global integrada por más de 350 organizaciones de la sociedad civil en más de 100 países, que han asumido el compromiso de impulsar la ratificación, la implementación y el monitoreo de la Convención de la ONU contra la Corrupción (CNUCC). Moviliza acciones de la sociedad civil vinculadas con la CNUCC en el ámbito internacional, regional y nacional así como la transparencia en las conclusiones las evaluaciones del mecanismo de revisión.

f) En 2009, se aprueba la *Recomendación para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros* en las transacciones comerciales internacionales y sus Guías de buenas prácticas y la *Recomendación sobre medidas fiscales* que son los instrumentos de la OCDE para obligar a los países miembros a luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, tipificándose a la vez el blanqueo de dinero como delito conexo al de corrupción. El Convenio estipula obligaciones para los países en cuatro aspectos: Penal, Contable, Blanqueo de Dinero; Asistencia legal mutua: *Penal:* El Convenio establece la obligación de definir como delito y castigar el cohecho realizado para la obtención de algún contrato internacional. Este instrumento también sanciona la complicidad. *Contable:* Establece recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento de algunos gastos en los registros contables. Se sancionan las omisiones, alteraciones, fraude y falsificaciones de registros, cuentas, estados financieros y libros con el propósito de ocultar el cohecho. *Blanqueo de dinero:* El detectar un pago de soborno ilegal relacionado con transacciones internacionales es suficiente para provocar la aplicación de la legislación

contra el blanqueo de capitales para que esos pagos puedan ser confiscados. *Asistencia legal mutua*: Si se utilizan canales financieros internacionales para ocultar o realizar el cohecho internacional, el Convenio obliga a los países signatarios a proveer el apoyo legal oportuno, además de establecer provisiones relativas a la extradición.

g) En 2011, la Comisión Europea adopta una *Estrategia Integral de lucha contra el fraude*, con el fin de mejorar la prevención y la detección del fraude, las condiciones para la investigación del fraude, la recuperación de activos y disuasión.

h) En 2014, se emite el *Primer Informe Anticorrupción UE*, como herramienta de control y armonización en la materia.

i) En 2015 se produce la Trasposición de las Directivas europeas sobre contratación pública, fruto de las orientaciones de la Comisión Europea en materia anticorrupción. Una herramienta de autoevaluación del riesgo de fraude es el sistema SALER. Realizada la evaluación del riesgo y puestos en marcha los controles atenuantes en el nivel del sistema, se recomienda a las autoridades de gestión que aborden las situaciones concretas que pueden originarse durante la ejecución de las operaciones, *desarrollando nuevos indicadores de fraude específicos* (indicadores de alerta) y garantizando una colaboración y coordinación efectivas entre todos los niveles administrativos implicados. La Prevención es una fase clave para reducir las posibilidades de cometer fraude[8].

2. La corrupción internacional en España.

La corrupción en los negocios internacionales, también conocida como cohecho internacional, es un delito incluido por primera vez por la LO 3/2000, de 11 de enero, en nuestro ordenamiento. La inclusión de este tipo delictivo en nuestro ordenamiento no es casual, pues, en el año 1997, España suscribió el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, impulsado por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).El convenio fue ratificado mediante Instrumento publicado el 22 de febrero de 2002 en el Boletín Oficial del Estado. Con la ratificación surgió la necesidad de incluir en el Código Penal dicho delito y, por lo tanto, se incluyó en el Código Penal el Titulo XIX bis "De los delitos de la corrupción en las transacciones

[8] Más información sobre Orientaciones metodológicas para la Evaluación del Fraude y Anexos Herramientaenautoevaluación:http://ec.europa.eu/regional_policy/es/information/publications/guidelines/2014/fraud-risk-assessment-and-effective-and-proportionate-anti-fraud-measures.

comerciales internacionales" que contenía la primera versión del artículo 445 bis. Posteriormente, ha sido reformado por la LO 5/2010, dando lugar al nuevo art.286 ter CP, que introduce ciertas modificaciones de notable entidad respecto del precepto anterior.

El cambio de ubicación del delito del Título XIX (Delitos entra la Administración de Justicia) a la Sección 4ª del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) no es trivial, sino que tiene que ver con el bien jurídico protegido o, más exactamente, como dice BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE[9], con el bien jurídico que se estima más relevante, o el funcionamiento de la Administración o las relaciones económicas internacionales. Este cambio de ubicación ha sido acogido favorablemente por autores como PUENTE ABA, BENITO SÁNCHEZ, RODRÍGUEZ PUERTA, al considerarlo más respetuoso con las estipulaciones del Convenio OCDE, porque si bien en la conducta interviene un agente público, el núcleo del comportamiento se halla en la búsqueda de una ventaja competitiva en el desarrollo de transacciones internacionales.

Sin embargo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE o GARCÍA ALBERO, entienden desafortunada esta reubicación sistemática a la vista de la extensión del concepto de funcionario público del nuevo art.427, a) CP, al incluir a quienes ostentan cargo o empleo legislativo, judicial o administrativo de cualquier Estado extranjero, señalando GARCÍA ALBERO[10] que, "*sin negar vinculación con la competencia en el mercado y la necesidad de evitar posiciones ventajosas en las relaciones económicas internacionales derivadas de las conductas de soborno a funcionarios extranjeros, esta pluriofensividad es consustancial a cualquier conducta de cohecho vinculada con la contratación pública*".

La modificación más relevante de la reforma lo constituye la supresión de la expresión "extranjeros o de organización internacional" en relación con los funcionario públicos, expresión que singularizaba este comportamiento y lo distinguía del cohecho clásico. Por otro lado, el art.286 ter CP acude a la regla de la alternatividad para la solución de los problemas concursales que podría darse entre este delito y el de cohecho

[9] CRESPO D. Dir./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes Internacionales y Reformas del Código Penal, Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica, Castillo de Luna Ed. Jurídicas, Madrid 2015, pp. 23-45.

[10] QUINTERO OLIVARES, G. Dir./GARCÍA ALBERO, R., Corrupción en los negocios y modificación del cohecho, Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi Navarra 2015, pp. 553-576.

(pago de soborno a un funcionario español si tiene como finalidad la obtención de un contrato en el ámbito de una relación internacional), diciendo que serán castigados por este tipo del art.286 ter CP "salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código".

Pero la doctrina ha criticado esta solución. PUENTE ABA, según RAMÓN GARCÍA ALBERO[11], mantiene que "*esta solución no puede considerarse técnicamente correcta puesto que el principio de alternatividad es, atendiendo al artículo 8 CP, el criterio de cierre para las situaciones de concurso de delitos cuando no se ha podido determinar la existencia de otra relación más específica entre las figuras delictivas en concurso*". Y como sigue diciendo esta autora, al igual que Benito Sánchez[12], "*lo que realmente existe entre el cohecho activo y la conducta del artículo 286 ter CP es una relación de especialidad, pues esta última es una modalidad el cohecho activo que se caracteriza por la particularidad de la finalidad perseguida: la consecución de determinadas ventajas en el ámbito de las actividades económicas internacionales*". Para BENITO SÁNCHEZ[13], ya que hay que considerar que es un delito especial, la solución al problema deberá ser la siguiente:

a) Si se trata de cohecho propio, tanto el artículo 286 ter CP como el art.419 CP prevén la misma pena, luego la regla concursal incorporada en el artículo 286 ter no es de utilidad y habrá de acudirse a las reglas sobre el concurso de leyes del art.8 CP, debiendo resolverse por el principio de especialidad, siendo la ley especial la del artículo 286 ter CP.

b) Si se trata de un cohecho impropio, la pena mayor es la del artículo 286 ter CP, que, por consiguiente y conforme a la cláusula concursal que contiene, será de aplicación.

Esta norma no resuelve los problemas concursales en cuanto al cohecho activo y en relación al pasivo. Modifica también la finalidad del soborno, elemento subjetivo específico de tipo que cumple una doble función: señala cuál es el bien jurídico

[11] GARCÍA ALBERO, R., Corrupción en los negocios y modificación del cohecho, Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi Navarra 2015, pp. 553-576.

[12] BENITO SÁNCHEZ, D., Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, Estudios de Deusto, Enero-Junio 2015, pp. 205-228.

[13] BENITO SÁNCHEZ, D., Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, Estudios de Deusto, Enero-Junio 2015, pp. 205-228.

protegido y delimita su ámbito de aplicación. El elemento subjetivo con la nueva redacción es "para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales", terminología más empleada en los instrumentos internacionales.

Se eleva, por otro lado, la pena de este delito, pasando de 2 a 6 años de prisión a 3 a 6 años de prisión, equiparándola a la pena el cohecho propio, lo que parece que responde a las exigencias del Convenio OCDE sobre la igualdad de tratamiento de la corrupción transnacional y la nacional (artículo 3 del Convenio -EDL 1999/79933-)[14].

III. ¿ES NECESARIA UNA NUEVA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN?

El 09/11/2017 se publicó en el BOE la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Esta ley introduce medidas de lucha contra la corrupción y conflictos de interés, así como el principio de integridad como aspecto fundamental para la consecución del objetivo pretendido que, junto a la transparencia y rendición de cuentes se erigen como aspectos fundamentales de todo el ciclo de la contratación. Se introduce un precepto exclusivamente destinado a la lucha contra la corrupción y los conflictos de interés (artículo 64[15]). Se obliga a los órganos públicos a tomar medidas concretas y adecuadas orientadas a la valoración y gestión temprana de riesgos, para evitar cualquier caso de fraude, favoritismo o corrupción. Además, insta a las personas tanto del órgano de contratación como de las empresas que opten a la licitación, a comunicar al primero cualquier posible conflicto de interés que se aprecie durante el proceso de contratación. Además, se exige como una "conditio sine qua non" para las

[14] Art.3 Convenio OCDE, Sanciones. 1. La corrupción de un agente público extranjero podrá castigarse con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. La escala de penas será comparable a las aplicables a la corrupción de los agentes públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirá la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición.

[15] Artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. 1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. 2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

empresas licitadoras, la exigencia de transparencia y cumplimiento normativo. Se considerarán irregulares las ofertas que muestren indicios de corrupción o colusión (artículo 226[16]). Se crean dos instrumentos:

1. La Oficina Independiente de la Regulación y Supervisión de Contratación, que velará por la correcta aplicación de la legislación y elaborará un informe de supervisión respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada, que remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, incluyendo entre otras cuestiones, aquella información sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, así como sobre los problemas de colusión detectados.

2. Y la Estrategia Nacional de Contratación Pública para establecer medidas que permitan combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública.

Otras medidas adoptadas en materia de transparencia e información, son la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que, entre otros aspectos, prevé la creación del Portal de Transparencia, o la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifica la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

[16] Artículo 226 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: Adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. 1. Cada contrato que se pretenda adjudicar en el marco de un sistema dinámico de adquisición deberá ser objeto de una licitación. 2. Los órganos de contratación invitarán a todas las empresas que hubieran sido previamente admitidas al sistema dinámico de adquisición a presentar una oferta en cada licitación que se celebre en el marco de dicho sistema, con sujeción a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 162 y en el apartado 2 del artículo 163. Cuando el sistema dinámico de adquisición se hubiera articulado en varias categorías de productos, obras o servicios, los órganos de contratación invitarán a todas las empresas que previamente hubieran sido admitidas en la categoría correspondiente. 3. El plazo mínimo para la presentación de ofertas será de diez días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita. 4. Los órganos de contratación adjudicarán el contrato específico al licitador que hubiera presentado la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de adjudicación detallados en el anuncio de licitación para el sistema dinámico de adquisición. Cuando proceda, estos criterios podrán formularse con más precisión en la invitación a los candidatos. Según lo dispuesto en el artículo 167 letra e), se considerarán irregulares o inaceptables las ofertas que no se ajusten a lo previsto en los pliegos; aquellas que se hayan presentado fuera de plazo; las que muestren indicios de colusión o corrupción; las que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación; o aquellas cuyo precio supere el presupuesto base de licitación.

Debemos, sin embargo, tener en cuenta que en España la corrupción pública no es realmente la corrupción administrativa, puesto que, en términos objetivos, la corrupción entre los funcionarios es baja. Por tanto, principalmente, la corrupción en nuestro país es esencialmente la política.

Por otro lado, íntimamente relacionada, debemos incluir la corrupción entre particulares. Fue la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó al Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la que introdujo como novedad la tipificación de la corrupción entre particulares o corrupción privada, a través del artículo 286 bis CP. Hay que tener en cuenta que, sin duda, los actos de corrupción, sean cometidos por funcionarios públicos o por particulares, vienen caracterizados en los tiempos modernos por una alta sofisticación[17], lo cual hace necesario que las diligencias y técnicas de investigación criminal para su prueba y posterior sanción, deban ser cada vez más sofisticadas, ya que nos encontramos ante un tipo de comportamiento "sistemático y generalizado" que afecta de modo tanto directo como indirecto a diferentes facetas como pueden ser, entre otras, la económica, la política, la administrativa, etc., y está presente en todas las sociedades. Según sostiene la doctrina, el término corrupción es más bien originario de la sociología y de la ciencia política[18] y se ha ido incorporando "poco a poco (…) al Código Penal en ámbitos muy heterogéneos"[19].

La pregunta, a continuación es clara: ¿Es suficiente o es necesario una ley específica contra la corrupción? ¿Están tipificados todos los hechos y se abarcan todas las conductas reprochables con la actual legislación? ¿Están previstos todos los controles a nivel nacional e internacional?

Ciertamente está en proyecto una *Ley Integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes*, conocida como Ley ómnibus contra la corrupción, que se centra en tres aspectos fundamentales: la transparencia, la protección de los denunciantes y la regulación del lobby. Los organismos internacionales recomiendan sobre este asunto, que la denuncia esté unida al estatuto de protección de los

[17] IGLESIAS RÍO, M.A./MEDINA ARNÁIZ, T., Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2004, Tomo II, p. 906.

[18] CUGAT MAURI, M., La desviación del interés general y el tráfico de influencias, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 31 y ss.

[19] FERRÉ OLIVÉ, J.C., Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Fraude y Corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Salamanca, 2003, p. 14.

denunciantes y a sus familias. En esa ley se debería integrar no sólo las denuncias que vienen desde el interior de la administración pública, sino también las hechas por los particulares. Respecto a las denuncias anónimas, es un asunto complicado y que habría de estudiarse si son o no válidas, ya que nuestro sistema jurídico debería dar la suficiente protección a los denunciantes para que no fuera necesario que las denuncias fueran anónimas.

Siguiendo a Mª DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO[20], *"... no de menor interés resulta tener presente la innegable relación que guarda la aplicación práctica que se reserve para aquellos principios en materia de corrupción con la previa delimitación del bien jurídico protegido por los respectivos tipos penales. En efecto, la atención al objeto de tutela de los relativos a la corrupción pública y privada resulta un punto de partida obligado para el posterior trazo de los límites con los que puedan reconocerse en el orden penal espacios de impunidad relacionados con el reconocimiento de la adecuación o utilidad social de la conducta así como con el principio de insignificancia, criterio que, como ya recordábamos líneas más arriba, requiere una labor exegética que normalmente va más allá de las pautas marcadas formalmente por el concreto delito para atender, desde un punto de vista sustantivo, al grado de afectación real del interés protegido".*

IV. CONCLUSIONES

Podemos concluir que, teniendo en cuenta que hay cuatro elementos fundamentales en el ciclo contra el fraude, cuales son, la prevención, la detección, la corrección y la actuación judicial, la combinación de todas ellas es fundamental para reducir el riesgo que supone la corrupción y así, conseguir un método disuasorio para el futuro. Como cualquier problema gravemente arraigado en la sociedad, necesita no sólo estrategias educativas que vayan desarrollando una cultura en contra del fraude y de la corrupción, sino que también son necesarios desarrollar todos los mecanismos, cooperaciones y reparto de responsabilidades de los diferentes Estados, organismos nacionales e internacionales y, en definitiva, de todos los resortes sociales que son los que tienen un papel fundamental en este aspecto. Se han hecho avances, pero no son suficientes. La visibilidad de los problemas derivados de la corrupción, si no va acompañada de una corrección en dicha actuación, hace que se corra el peligro de la

[20] GÓMEZ RIVERO, M.C., Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVII, 2017, p. 11.

impunidad de cara a la sociedad, lo cual es un mensaje negativo para las futuras generaciones. En definitiva, la recuperación de valores democráticos y de responsabilidad, junto una legislación adecuada, dotando a los organismos competentes de las herramientas adecuadas, es fundamental. Por otro lado, el refuerzo del apoyo a los que se atreven a interponer denuncias, hechas con las suficientes garantías, también es un aspecto fundamental para que se produzcan mayores éxitos en la lucha contra la corrupción.

En el caso, por ejemplo de la corrupción de particulares, la legislación española ha tenido que ser introducida en nuestro ordenamiento, ya que había que adecuar nuestras normas a las comunitarias y, en consecuencia ha sido necesario recoger además de la corrupción de los funcionarios públicos y personas vinculadas con la Administración (ya establecidos desde antiguo en nuestro ordenamiento), la otra parte del problema, es decir, la corrupción de los particulares. El rechazo a la corrupción por parte de la sociedad entiendo que debe ser en todas su extensión, tanto en las parcelas públicas como en las privadas.

Por otro lado, la legislación aprobada al respecto debe ir siendo dotada de contenido a través de la jurisprudencia, ya que adolece de algunos defectos que se irán viendo en la práctica conforme se vayan instruyendo y juzgando los casos.

Esta solución del problema de la corrupción no puede ser la única, sino que tiene que venir acompañada de otras medidas. En primer lugar, la prevención es fundamental que se implante en la sociedad a través de medidas socio-educativas y pedagógicas. En segundo lugar, es necesaria una especialización por parte de los Juzgados a la hora de poner en práctica la aplicación de las normas penales. También es necesario un desarrollo normativo y jurisprudencial que homogenice la sanción y el reproche penal a nivel interno pero sobre todo a nivel internacional, siempre respetando los principios rectores de cada uno de ellos. No podemos olvidar que en el Derecho penal, uno de los principios básicos es el de intervención mínima y no son pocos los casos en los que, en virtud de dicho principio, son archivados procedimientos o ni siquiera admitidos a trámite.

Queda mucho camino por recorrer ya que, por ejemplo, es necesario desarrollar y tipificar de forma autónoma los delitos de corrupción política, establecer un código de conducta a cumplir por todos los cargos públicos que impida sobre todo la relación entre corrupción-política-urbanismo-dinero, un Pacto de Estado frente a la corrupción

política, desarrollar los mecanismos para conocer toda la información de los casos judiciales que afecten a políticos o gestores de la Administración exigiendo un plus de responsabilidad a los mismos, establecer la suspensión en el cargo u oficio del corrupto tras su imputación judicial e incapacidad para los cargos públicos, reformar la ley procesal penal para la agilización de los procesos (dotar de medios a la Administración de Justicia), establecer la prohibición de poder acceder a las listas electorales a los investigados o a los imputados, revisar a la baja los supuestos de aforamiento, especialización de los Juzgados tanto en instrucción como en el enjuiciamiento, etc.

* * * * * *

Amalia Fustero Bernad
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia FICP.

Patricia Medina Pérez
Letrada de la Administración de Justicia adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia FICP.

~La cooperación jurídica europea~

I. INTRODUCCIÓN

La cooperación jurídica internacional es concebida como la forma de colaboración entre dos países para la realización de actuaciones jurisdiccionales fuera del respectivo ámbito territorial.

El ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades judiciales de un Estado, como manifestación tradicional de la soberanía estatal, se limita al interior de sus fronteras. No obstante, el contexto actual, en el que los movimientos migratorios y las relaciones entre los individuos trascienden las fronteras estatales, hace necesaria la cooperación entre los Estados para poder satisfacer las demandas de justicia y seguridad de los individuos y de la sociedad así como para luchar de una manera efectiva contra la delincuencia internacional.[1]

Los estados han confeccionado unos determinados mecanismos conducentes a la actuación extraterritorial en el ejercicio de la jurisdicción que permita un efectivo ejercicio de sus actividades judiciales fuera de sus fronteras.

Por todo ello, la cooperación se fundamenta en la adopción de determinados acuerdos o instrumentos jurídicos que permiten obtener de otro Estado o país desde simples auxilios judiciales, como actos jurídicos sencillos en los que exista algun elemento extranjero, a formas más complejas de participación en los que son necesarias una participación más activa por parte de las autoridades judiciales y policiales extranjeras, pudiendo solicitar incluso la tramitación de completa de un procedimiento o de una fase del mismo.

En la presente comunicación realizaremos una explicación de la cooperación jurídica internacional en materia penal y civil.

[1] Página oficial del Ministerio de Justicia, en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/cooperacion-juridica/auxilio-judicial-internacional

II. COOPERACIÓN JURÍDICA EUROPEA EN MATERIA PENAL.

1. Concepto.

El concepto surge acompañado del concepto mismo de nación y su propio principio de territorialidad penal de la soberanía nacional, cuyo significado entraña la capacidad de los estados de satisfacer sus intereses nacionales con la aplicación de su propio Derecho nacional incluso cuando surge un elemento transfronterizo que traspasa las fronteras del propio Estado, apareciendo así la necesidad de cooperación con otro Estado soberano con el que se colabora para evitar que la existencia de fronteras supusiera la inaplicación del derechos y la aplicación de las normas a los sujetos que habían producido ilícitos penales en el país o nación solicitante de cooperación internacional.

2. Fundamento y origen[2].

El fundamento de la cooperación jurídica internacional en materia penal se basa en dos fundamentos primordiales:

- la cortesía internacional o recíproca utilidad (comitas gentium ob reciprocam utilitaten),
- el principio de pacta sunt servanda o de leal cumplimiento de los pactos o acuerdos entre estados amigos, con vínculos políticos o históricos, que actuaban como soberanos en el ejercicio de ésta, sin ninguna clase de deber o imposición externa que les obligara a cooperar entre ellos más allá de su propia voluntad de hacerlo bajo los indicados principios.

El nacimiento de esta forma de colaboración internacional en materia penal aparece a finales del siglo XIX por la necesidad de hacer frente a la delincuencia existente en ese momento histórico, casos como los delitos de trata de seres humanos, el terrorismo y demás formas de delincuencia organizada hacen necesaria la cooperación entre los distintos países surgiendo así la aparición de sistemas basados en la colaboración entre los distintos Estados con una idea de asistencia mutua, sin desprenderse cada uno de ellos de su propio concepto de soberanía nacional.

[2] JUANES PECES A. Dir. Cooperación jurídica penal internacional. Madrid. Francis Lefebvre. 2016, pp. 12.

3. Mecanismos de cooperación penal en la Unión Europea.

En un primer momento**,** dentro del marco de la Europa comunitaria, las formas de colaboración se basaron en un sistema de tratados o convenciones del Consejo de Europa, pero pronto se observaron sus carencias y déficits, lo que procuro la innovación de los mecanismos con el desarrollo de nuevos sistemas más novedosos que fueron sustituyendo a los primogénitos.

Los nuevos mecanismos potenciaban facilitar e intensificar la cooperación jurídica con lo que se denominó cooperación reforzada, pero que en su práctica tampoco se evolucionó mucho más de lo que se había conseguido con la redacción de los Convenios anteriormente descritos.

Finalmente se optó por la evolución hacia un mecanismo más sencillo y ágil donde su pilar fundamental se basaba en una estructura de cooperación judicial donde el espacio judicial europeo se sustente en principios como la mutua confianza de los Estados intervinientes y el mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales para que las mismas puedan ser directamente ejecutables en cualquier estado de la Unión.

Aunque la aplicación de la confianza mutua y el mutuo reconocimiento de resoluciones es lo que mayormente impera en las cooperaciones jurídicas en materia penal, no hay que olvidar que con ellos también conviven los anteriores sistemas basados en la cooperación reforzada y el establecimiento y aplicación de tratados y convenciones.

Así las cosas, podemos resumir que la cooperación jurídica internacional en España se realiza a través de Tratados o Acuerdos, de carácter bilateral o multilateral, o, a falta de dichos tratados, a través del principio de reciprocidad.

España tiene suscritos muy variados convenios bilaterales de cooperación en materia judicial penal con muchos países, tanto en el ámbito de las Naciones Unidas o el Consejo de Europa, así como de los diferentes instrumentos de cooperación suscritos por los Estados Miembro de la Unión Europea.

En España el organismo competente para la solicitud de la cooperación jurídica radica a la autoridad judicial competente en conocer del asunto judicial. En lo referente a la forma de la solicitud, variará según la norma aplicable. Normalmente la cooperación se realiza a través de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, dependiente del Ministerio de Justicia. Aunque cada vez es más limitada

la intervención de la Subdirección General canalizándose directamente a través de las autoridades judiciales.

III. COOPERACIÓN JURÍDICA EUROPEA EN MATERIA CIVIL.

1. Introducción.

La cooperación civil comprende desde el auxilio judicial propiamente dicho solicitudes de notificación y traslado de documentos judiciales y obtención de pruebas a través de comisiones rogatorias libradas por los distintos órganos judiciales y, por otro lado, la colaboración entre Autoridades Centrales en materia de sustracción de menores, obtención de alimentos en el extranjero e información de derecho extranjero.

2. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil

El 30 de julio de 2015 se publicó la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, la cual regula la cooperación internacional entre las autoridades españolas y extranjeras, en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, incluyendo la responsabilidad civil derivada de delito y los contratos de trabajo.

Hasta la promulgación de la citada Ley no existía en España una Ley de cooperación internacional civil, por lo que nuestro ordenamiento, al margen de la existencia de Tratados y Convenios internacionales, exigía la existencia de reciprocidad mutua de España con los demás Estados para su aplicación, algo que muchas veces perjudicaba al ciudadano, pues de su aplicación dependía la buena o mala relación que de España con el Estado con el que era necesaria la cooperación.

La Ley 29/2015 contiene sesenta y un artículos estructurados en cinco Títulos, seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales. Posee carácter subsidiario, ya que prima el principio de primacía del Derecho de la Unión, debiéndose aplicar de forma prioritaria las normas, tratados y acuerdos de la Unión Europea en los que España sea parte, estableciéndose aí en el artículo 2 b) de la Ley: «La cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte. b) Las normas especiales del Derecho interno. c) Subsidiariamente, por la presente ley.»

La cooperación internacional civil comprende por un lado, el auxilio judicial propiamente dicho, como son las solicitudes de notificación y traslado de documentos judiciales y obtención de pruebas a través de comisiones rogatorias libradas por los distintos órganos judiciales y, por otro lado, la colaboración entre Autoridades Centrales en materia de sustracción de menores, obtención de alimentos en el extranjero e información de derecho extranjero[3].

Procedamos a comentar el contenido de la Ley 29/2015 de cooperación internacional en materia civil, aspectos a analizar de forma individual[4]:

a) Principio general de cooperación incluso en ausencia de reciprocidad.

La ley establece como principio general el desarrollo de la cooperación jurídica internacional, incluso aunque no exista reciprocidad entre los países intervinientes.

b) Comunicaciones judiciales directas.

La ley otorga la habilitación a todos los órganos jurisdiccionales españoles sin distinción para que puedan comunicarse directamente y sin intermediación con los órganos jurisdiccionales de otro Estado, siempre y cuando respeten los ordenamientos jurídicos de ambos Estados y la independencia judicial.

c) Autoridad central española.

Es el Ministerio de Justicia como autoridad central española y la Oficina Central del Registro como la autoridad encargada en materias sometidas a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

d) Exequátur.

Un elemento esencial a desarrollar en la Ley 29/2015, ya que se trata de una figura que era más necesaria su reforma en nuestra normativa interna.

A partir de la nueva regulación se clarifica la figura del Exequátur, en relación a su terminología, sus conceptos, se detalla el tipo de resoluciones susceptibles de reconocimiento y ejecución y sus efectos, y se abordan las cuestiones del

[3] Resumen de la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil. En: https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/resumen-de-la-ley-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-civil/

[4] Contenido y novedades de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. En: http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10418-contenido-y-novedades-de-la-ley-29-2015-de-30-de-julio-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-civil/

reconocimiento y ejecución parcial, incidental y la de las modificaciones de resoluciones extranjeras, modernizándose las causas de denegación.

Con la ley 29/2015 se permite que el reconocimiento de una resolucion extranjera de forma incidental se realice de una forma rápida y sencilla, siendo la propia Sentencia la que determine la aptitud del documento para probar lo que se pretende.

Es la primera ocasión en la que se normativiza la adaptación las medidas contenidas en la sentencia extranjera que sean desconocidas en el ordenamiento español. Con este procedimiento se adopta una medida propia del Derecho español que tenga efectos similares que los que se disponga en el Derecho del Estado de origen.

En cuanto a las resoluciones extranjeras firmes o definitivas que se refieran a materias que por su propia naturaleza son susceptibles de ser modificadas, como por ejemplo las prestaciones de alimentos, las decisiones sobre la guarda y custodia de menores o las medidas de protección de menores e incapaces, se establece de manera expresa en el art. 45[5] que tales resoluciones podrán ser modificadas previo su reconocimiento a título principal o incidental. No obstante, las partes pueden optar bien por la modificación de la sentencia extranjera bien por la apertura de un nuevo procedimiento.

Se establecen de forma clara las causas de denegación del Exequátur, así relacionan que resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: las que fueran contrarias al orden público, las que se hubieran dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes, si la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles, si la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España, cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España, y por último, cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

[5] Artículo 45 Ley 29/20015 Resoluciones extranjeras susceptibles de modificación. 1. Una resolución extranjera podrá ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a las disposiciones de este título. 2. Esto no impedirá que se pueda plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles.

e) Notificaciones y la obtención de pruebas.

Se establecen las formas de transmisión de las pruebas que dependerá de lo establecido en el Estado extranjero requerido o requirente, el contenido mínimo de las solicitudes, idioma y la tramitación, y los motivos de denegación, a través de resolución motivada.

En cuanto a la solicitud dirigida a las autoridades españolas se ejecutarán conforme a las normas procesales españolas y que solo excepcionalmente y a petición de la autoridad extranjera se aceptarán procedimientos especiales.

Es de reseñar que los gastos ocasionados como consecuencia de las notificaciones y obtención de pruebas la autoridad que lo requiera puede repercutirlos a la parte que lo haya requerido.

f) Protección de datos personales.

Las solicitudes de cooperación jurídica contendrán únicamente los datos personales necesarios para su ejecución, no pudiéndose usar ni tratar para fines no directamente relacionados con la solicitud, sin la expresa autorización de la autoridad requirente.

g) Prueba del Derecho extranjero.

Se prevé que cuando no se pueda acreditar por las partes del procedimiento el contenido del derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español, para evitar la una denegación de justicia que podría ser injustificada.

h) Litispendencia internacional y conexidad.

De los Artículos 37 al 40 de la Ley 29/2015 se regula la excepción de litispendencia, como consecuencia de la existencia de procesos paralelos en distintos Estados es la posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias.

Su apreciación es potestativa del Magistrado o Juez que conozca del procedimiento, a partir de una serie de requisitos como la existencia del foro razonable, si la resolución es susceptible de reconocimiento en España y si la suspensión del procedimiento abierto en España es necesaria en aras de la buena administración de justicia.

i) Inscripción en los Registros públicos españoles de las resoluciones judiciales y de los documentos públicos extranjeros.

La Ley dedica su último capítulo a esta materia declarando meridianamente que se aplicarán siempre las normas del Derecho español al procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales.

j) Adaptación de los títulos extranjeros.

El registrador la podrá utilizar para el caso de que se ordenen medidas o incorporen instituciones o derechos que resulten desconocidos en Derecho español, en cuyo caso se adaptarán, en lo posible, a una medida u orden prevista o conocida en el ordenamiento jurídico español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, sin que tal adaptación tenga más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen.[6]

IV. CONCLUSIÓN

Es un hecho constatado que debido a la pertenencia de España a la Unión Europea se ve influenciada por las nuevas tendencias y las necesidades que afectan al conjunto de los países pertenecientes a la Comunidad Europea.

Es muy importante la cooperación judicial internacional en aras de mantener la idea de justicia internacional a la vez de establecer general para los estados miembros y los ciudadanos que habitan en su territorio.

En el ámbito penal queda plausible la necesidad de cooperación entre los distintos Estados de cara a prevenir la comisión de determinados delitos transnacionales y con el objetivo de no quedar impunes conductas por el hecho de que el supuesto delincuente traspase las fronteras de un Estado miembro con el objetivo de que quede impune su conducta.

En el ámbito civil y tras la modificaciones de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil se establecieron determinados criterios hasta entonces inexistentes en lo que respecta al orden civil y mercantil, todo en base a procurar un mayor beneficio a los ciudadanos inmersos en un procedimiento judicial transnacional.

[6] Cooperación jurídica internacional. LEY 29/2015, DE 30 DE JULIO, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Observatorio de la justicia y de los abogados área procesal internacional. Colegio de abogados de Madrid pp. 8.

Victoria Gallego Martínez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~Dispensa del art. 416 LECrim en delitos de violencia contra la mujer y respuesta jurisprudencial~

Resumen.- Frente a la obligación impuesta a los testigos de declarar existe también en nuestro ordenamiento, excepciones concretas por razones de parentesco. Las mismas son objeto de desarrollo por la jurisprudencia resultando de gran importancia en los supuestos tan frecuentes de la violencia de género. En este trabajo se intentará una aproximación práctica a la problemática que plantea dicha dispensa así como a su respuesta jurisprudencial.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de violencia contra la mujer presentan una dificultad probatoria por cuanto, por regla general, tienen lugar en el ámbito de la intimidad de la pareja y por tanto sin terceros que los hayan presenciado. El testimonio de la víctima se erige en prueba necesaria y esencial para lograr una sentencia condenatoria. Por ello en aquéllos casos en los que la víctima se niega a declarar sobre los hechos acogiéndose a la dispensa legal contenida en el art. 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal, la prueba de los agentes que hubieran acudido en auxilio de la víctima, de los médicos que la hubieran atendido resulta totalmente insuficiente a aquél fin, al constituirse en meros testigos de referencia.

La práctica judicial[1] pone de relieve los innumerables supuestos en los que la mujer, víctima de violencia de género, si bien en un primer momento formula denuncia y se muestra parte en el proceso penal en calidad de acusación particular, con el paso del tiempo, transmuta su posición jurídica apartándose de la acusación en aras de no perjudicar al que había sido su pareja o ex pareja sentimental. Dicho cambio se produce con la finalidad de acogerse a la dispensa que le proporciona el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ello ha planteado no pocas dudas en cuanto al tratamiento procesal que debe otorgarse a dicha situación. En este artículo se intentará dar una aproximación a la dispensa legal de la obligación de declarar atendiendo en particular a la jurisprudencia

[1] En el segundo semestre de 2015, a nivel nacional y en el ámbito de la violencia de género, 2267 víctimas se acogieron a la dispensa y en ese periodo se dictaron en España 6109 sentencias absolutorias en esos procesos.- SÁNCHEZ ALFONSO, J.C.; La dispensa de la obligación de declarar como testigo de la víctima - denunciante en los delitos de violencia de género. Una perspectiva para la reforma del artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Diario La Ley, núm. 8778, Sección Doctrina, 8 de junio de 2016.

existente al respecto haciendo especial hincapié en la posición del testigo víctima que se constituye en acusación particular para posteriormente, acogerse a la dispensa así como a su incidencia en los delitos contra la violencia de género.

II. REGULACIÓN LEGAL

Prevé el art. 24 de la Constitución la regulación, mediante ley, de aquellos supuestos en los que no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, limitando dicha posibilidad por razón de parentesco o de secreto profesional. Y en uso de aquella previsión, el art.261 Ley Enjuiciamiento Criminal señala que tienen obligación de denunciar el cónyuge, no separado legalmente o de hecho, la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.

Por su parte, el art. 416 LECrim, ya en el seno de un procedimiento judicial, establece que están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como a los parientes a que se refiere el número 3 del art. 261[2]. Cuando uno de estos testigos se encuentre ante el juez instructor, éste viene obligado a advertirle que no tiene obligación de declarar en contra del investigado pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas. La advertencia y la contestación deberán consignarse en el acta de la declaración.

La excepción a la obligación a declarar se reitera en el art. 707 LECrim para el momento del juicio oral así como en el art. 418 del mismo texto legal conforme al cuál incluso cuando el testigo está deponiendo, no tiene obligación de responder a aquéllas preguntas que puedan perjudicar material o moralmente a su pariente[3].

[2] Señalar que en virtud de la redacción dada al art. 261 LECrim por el apartado cuatro de la Disposición Final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito (BOE 28 abril), en vigor desde el 28 de octubre de 2015, el núm. 3 a que se hace referencia en el art. 416 LECrim ha sido suprimido.

[3]. La redacción literal de este precepto parece otorgar una facultad más amplia a la dispensa del testigo (los perjuicios materiales y morales exceden de las declaraciones incriminatorias que darían lugar al ejercicio del ius puniendi), de difícil compatibilidad con el alcance constitucional de la misma en cuanto que derecho fundamental procesal. Lo lógico es interpretarlo de suerte que si un testigo está narrando ciertos hechos que no tienen por qué incriminar a su pariente, y no ha recibido la advertencia de los arts. 416 y 707 LECrim, por ejemplo, porque existen varios investigados o acusados o bien porque aquél no ostenta dicha cualidad, en el momento en el que surja esa posibilidad entre en escena el art. 418 LECrim. Según AGUILERA E PAZ, E , en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, T. III, Madrid 1912, p.

Advertir de la regulación anterior, que mientras para la fase judicial se prevé la necesidad de advertencia de la dispensa legal, debiéndose consignar en el acta de declaración, para la fase prejudicial, la de la denuncia, nada se contempla al respecto. Y de hecho, en la práctica se observa que los atestados, por regla general, no contemplan la advertencia a la víctima.

En relación con lo anterior debe señalarse que la jurisprudencia ha efectuado dos advertencias: la primera es que el art.261 LECrim no contempla una obligación de no denunciar, sino una facultad susceptible de renuncia de no formular denuncia contra determinados parientes (así STS 10729/2010, de 15 de febrero) y, la segunda, referida normalmente a delitos de violencia de género o delitos sexuales, que quien acude a denunciar por un acto voluntario y espontáneo, no puede ampararse en este derecho (así, STS 294/2010 de 28 de enero, por todas) pues el art. 416 establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos pero no de los denunciantes espontáneos respecto de los hechos que los han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección.

III. FUNDAMENTO

El fundamento de la dispensa ha sido determinado por la jurisprudencia del TS. Así en Sentencia de 26 de noviembre de 1973 señalaba como tal la necesidad de sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia.

Por su parte, la STS de 22 de febrero de 2007, señala que la dispensa tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado.

En el mismo sentido, la STS de 26 de marzo de 2009, cuando indica que la razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución.

602, el precepto está previsto para cuando el pariente del testigo no está procesado y se atiene al concepto amplio de perjuicio.

La STS de 29 de octubre de 2014, por su parte, recuerda que el TEDH en sentencia de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c Austria, se enfrenta a una norma similar al art. 416 LECrim (el art. 152& 1, párrafo 1 del Código de Procedimiento Penal austríaco), igualmente en supuesto de denuncia de la esposa por agresión contra su marido, donde tanto la esposa como su hija hacen uso de la dispensa que el ordenamiento les concedía para no prestar declaración; y constata la existencia de textos similares en el orden jurídico interno de varios miembros del Consejo de Europa, indicando que la prohibición de interrogar a estos testigos en la audiencia, no incumple el art. 6.1 y 3 d) de la Convención, dados los especiales problemas que puedan surgir, confrontación entre el acusado y testigo de su propia familia, de modo que atiende a proteger al testigo y evitarle una cuestión de conciencia.

Y, finalmente la STS de 29 de octubre de 2016, indica que la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, "*más que una exención al deber de declarar, el precepto arbitra una fórmula jurídica de escape que libera al testigo - pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible*. *Ese es el significado jurídico de aquél precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento*"

IV. PROBLEMAS DIVERSOS

1. Momentos en que resulta aplicable

Como se ha indicado anteriormente, resulta obligado la advertencia al testigo pariente comprendido en el art. 416 LECrim de la ausencia de obligación de declarar. Conforme a la doctrina jurisprudencial, las advertencias deben efectuarse en los tres momentos en que el pariente incluido en el art. 261 o 416 LECrim puede declarar, por tanto en sede policial y en judicial (instrucción y plenario) pues aquél no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Se afirma que para renunciar a un derecho debe informársele que se dispone del mismo pues nadie puede renunciar a algo que desconoce. Y, en todo caso, el hecho de declarar no supone una renuncia tácita a ese derecho para sus declaraciones posteriores. Por otra parte, el hecho

de no haber hecho uso de la dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior pues no debe olvidarse la distinta naturaleza de las declaraciones en función del momento procesal en que tienen lugar; las declaraciones sumariales no se erigen en actividad probatoria y, la testifical en el plenario es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia.

En todo caso, la STS de 30 de enero de 2018[4] diferencia al testigo o víctima familiar del investigado o acusado que acude a la policía o al juzgado a denunciar, personado como denunciante y posteriormente como acusador particular y, en este caso, señala que no es necesario informarle de la previsión contenida en el art. 416 LECrim mientras que respecto de las personas que hallándose en aquélla relación de parentesco son requeridas para participar en la averiguación de los hechos investigados, la advertencia es obligatoria tanto en sede policial como judicial, tanto en la instrucción como en el plenario.

Para el caso de que no se haya efectuado la advertencia a la víctima de su derecho a no declarar, la consecuencia será la nulidad de su declaración, no la del juicio en sí[5]. Por ello resulta indispensable que exista constancia de que el testigo pariente fue advertido de la aquélla posibilidad. En caso de renuncia, la misma ha de resultar concluyentemente expresada, incluso en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima[6].

2. Posibilidad de que un menor se acoja a la dispensa

Sobre dicha posibilidad debe señalarse que del estatuto jurídico del menor contenido en el Código Civil y en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor y la posterior Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no puede concluirse que la posibilidad de acogerse a la dispensa esté supeditado a la mayoría de edad. Por el contrario, el menor

[4] STS, Penal, Sección 1, del 30 de enero de 2018 (ROJ;STS 218/2018-ECLI:ES:TS;2018:218), Sentencia 49/2018, recurso 631/2017, Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

[5] SSTS 28 de noviembre de 1996; 18 abril de 1997; 17 de diciembre de 1997, 26 de mayo de 1999 que entendieron que es obligación del juez instructor de un proceso penal advertir a los testigos que se encuentran dispensados de la obligación de declarar por ser pariente del acusado con la consecuencia de que la declaración prestada sin esa advertencia será nula, criterio mantenido por la STS de 10 de mayo de 2007 que señalaba que el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416.1º LECrim alcanza no solo al Juez, sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarreaba la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado.

[6] STS 662/2001, de 6 de abril.

tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tenga en consideración en función de su edad y de su madurez[7].

Por ello la jurisprudencia[8] concluye que el acogimiento a la dispensa es una facultad personalísima tanto del mayor de edad como del menor ya maduro. Y, en el caso de menores que no hayan alcanzado ese grado de madurez suficiente para decidir por sí mismos, la decisión ha de ser adoptada por el progenitor con el que no existe interés contradictorio y si concurre esa contradicción en ambos progenitores, hay que acudirse a los mecanismos sustitutivos en la legislación civil para adoptar la decisión adecuada y conveniente al interés superior del menor.

3. Eficacia de la prueba preconstituida de una testigo que posteriormente se acoge a la dispensa

Tiene manifestado así mismo la jurisprudencia[9] que acogiéndose el testigo víctima familiar en el acto del juicio oral a la dispensa legal, esa decisión neutraliza y abole la capacidad probatoria de la prueba preconstituida que no puede ser usada para burlar su voluntad por cuanto la dispensa supone su negativa tanto a prestar testimonio como a que testimonios precedentes puedan ser usados en contra del acusado. Por la misma razón tampoco puede incorporarse la declaración testifical prestada en fase de instrucción a la actividad probatoria del juicio oral por la vía del art. 730[10] LECrim, por

[7] El art. 162 Código Civil reconoce a los menores capacidad por sí mismos para los actos relativos a sus derechos de la personalidad en el momento en que adquieran suficiente madurez y, los arts. 152 CC y 2 y 9 de la LORJM proclaman el derecho de los menores a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez.

[8] STS, Sección 2ª 25 abril 2018

[9] SSTS 135/2009, de 27 de enero y 629/2009, de 10 de febrero. Así la STS 1885/2000, de 27 de noviembre señala: "A este respecto en la sentencia de esta Sala 1587/97, de 17 de diciembre, con referencia a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 1986, se dice que "aunque la lectura de las declaraciones realizadas por tales testigos ante la policía no es opuesta al Convenio de Roma, sin embargo su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa. De manera que como al negarse tales testigos a declarar ante el Tribunal competente impidieron al demandante que "las interrogara o hiciera que se las interrogara" sobre sus declaraciones, y, no obstante, la sentencia se basó en dichas declaraciones, ha de concluirse que "se declaró culpable al Sr. Agustín fundándose en "testimonios" frente a los cuales sus derechos de defensa eran muy limitados. Por lo tanto, el demandante no contó con un proceso justo y se violó así el apartado 1 del artículo 6 del Convenio en relación con los principios inherentes al apartado 2. d) del mismo precepto" (..) Señala la citada sentencia 777/2000, de 28 de abril, que esta postura "cuenta con precedentes jurisprudenciales incluso de época preconstitucional en los que se estableció la improcedencia de leer la declaración sumarial en el acto del juicio oral, y la ilicitud de utilizarla para fundar la sentencia cuando personas incluidas en los casos de los artículos 416 y 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hacen uso en el juicio oral de su derecho a no declarar (sentencias 13 de noviembre de 1985 y 26 de noviembre de 1973).

[10] El art. 730 LECrim permite la lectura a instancias de cualquiera de las partes de las diligencias practicadas en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquéllas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral

cuanto la negativa a declarar no constituye la "imposibilidad jurídica" a la que alude el precepto.

Por tanto, la facultad contemplada en el art. 416 LECrim implica no solo que se respete la voluntad de no declarar, sino también que no se hagan valer las posibles manifestaciones previas del testigo contra su explícita opinión. Este criterio cristalizó en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 23 de enero de 2018[11], fijado en los siguientes términos: "*el acogimiento en el momento del juicio oral a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 416 LECrim impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida*" y más aún en el caso de que se trate de declaraciones en sede policial, cuyo valor ha sido precisado en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 3 de junio de 2015 que adoptó el acuerdo conforme al cual las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de medios de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim. No cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 LECrim. Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

4. Parientes incluidos y excluidos de la dispensa

Se encuentran limitados a los enumerados en el art. 416 LECrim y tratándose de una excepción a la aplicación general de la norma, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Así el TS ha excluido de la misma a los parientes por afinidad; como dice la STS 703/2014, de 29 de octubre, en un caso de hermana de la víctima, esposa del acusado, y por tanto cuñada del mismo, la exclusión de los parientes por afinidad de la dispensa de testificar, además del tenor literal del precepto, es cuestión pacífica en la doctrina (STS 62/2013, del 29 de enero - caso Marta del Castillo). Y en tal sentido debe recordarse que la exclusión de los parientes afines hasta el segundo grado que se recogía en el art. 261.2 LECrim, respecto a la obligación de denunciar, no resulta aplicable a supuestos de la dispensa de declarar pues la remisión que el art. 416 efectúa al art. 261 solo se refiere al apartado 3 y la referencia a los afines ha sido eliminada en la redacción actual del art. 261.2 por la LO 4/2015, de 27.4 de Estatuto víctima del delito.

Al referirse el precepto no solo al cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, se incluye la relación de pareja de hecho incluso en este caso,

[11] STS , Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 23 de enero de 2018, siguiendo la doctrina jurisprudencial recogida en SSTS de 27 de enero y 10 de febrero 2009, y 14 mayo de 2010.

sin convivencia, al hallarse el imputado en prisión[12] . Están incluidos en la dispensa, así mismo, los cónyuges cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos pese a que exista separación legal o de hecho pues subsisten entre ellos los derechos y obligaciones civiles derivados de la existencia del vínculo matrimonial[13].

5. Momento en que ha de concurrir la relación personal

Para la aplicación de la dispensa se requiere que en el momento de ocurrir los hechos por los que se declara concurra el vínculo origen de la exoneración de la obligación de declarar aunque en el momento en que deba testificar aquél vínculo se hubiera extinguido. Así resulta del Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de abril de 2013, que estableció que la exención de la obligación de declarar alcanza a las personas que estén o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto exceptuándose la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

Sin duda alguna ello obedece al propio fundamento de la dispensa y, por tanto la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

V. LA APLICACIÓN DE LA DISPENSA AL ACUSADOR PARTICULAR

1. Pronunciamientos Jurisprudenciales

La STS de 21 de diciembre de 2012, declara la validez de la dispensa pese a que la víctima compareció en el juicio oral asistida de letrado y por tanto asumiendo la posición de acusación.

Posteriormente, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de abril de 2013[14] que la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim no debe amparar a quien se ha constituido como acusación particular aunque con posterioridad se aparten de esa posición. El acuerdo establecía:

> "*la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto.*
>
> *Se exceptúa:*

[12] STS 134/2007, de 22 de febrero.
[13] Art. 66 Código Civil.
[14] Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de abril de 2013.

a) la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto;

b) supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso"

Considera el acuerdo que es contrario a los propios actos y resulta contradictorio e incongruente, acogerse al art. 416 LECrim quien simultáneamente ejercita una petición de condena por los hechos a cuyo esclarecimiento rehúsa contribuir porque con ello priva al tribunal del material probatorio necesario para concretarla. Afirma que parece una burla y resulta fraudulento activar los mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo obstaculizar su realización. "Puede ejercitar su derecho a reclamar la condena pero no regatear al Estado, cuya tutela impetra, los medios para poder acoger su pretensión"

Son varias las razones que apoyan tal criterio, así, el art. 416 LECrim supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional proclamado en el art. 24; es un derecho procesal atribuido a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar.

Tutela a esos terceros y no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar[15] consideración que resulta esencial en la interpretación del precepto.

El hecho de ser un derecho de rango constitucional comporta necesariamente que cualquier limitación al mismo ha de ser interpretada de forma restrictiva y, su contenido esencial ha de ser respetado por la ley que lo desarrolle (art. 53 CE). Por tanto ante cualquier duda debe optarse por la máxima amplitud del derecho.

La dispensa se prevé como una fórmula que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada, filiación, relación de consanguinidad) precisamente para evitar el conflicto entre esos vínculos y la posibilidad de perjudicar de alguna forma al pariente y la obligación legal de declarar la verdad sobre lo que se le pregunte bajo amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento y/o promesa. El legislador así lo considera conveniente y levanta en tales supuestos el deber general de todo

[15] STC 94/2010, de 15 de noviembre.

ciudadano de declarar sin hacer distinciones según sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento.

Por otra parte insiste en la imposibilidad, por contrario a los propios actos, contradictorio e incongruente, de que quien se constituye en acusación particular pueda acogerse a la dispensa. Quien ejercita la acusación y reclama del Estado una condena, se afirma, no está legitimado para, al mismo tiempo, escamotear las pruebas que están a su alcance y son necesarias para que su pretensión sea atendida.

No obstante con la anterior doctrina, no se solventaba la totalidad de problemas que se plantean en la práctica discutiéndose si la excepción alcanza únicamente al pariente que sigue ejercitado la acusación en el momento en que ha de prestar declaración o se extiende a cualquiera que haya estado personado en tal calidad. La cuestión resulta especialmente relevante en el ámbito de la violencia sobre la mujer por cuanto el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala que las víctimas de violencia contra la mujer contempladas, tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, así como a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. Precisamente por virtud de aquél derecho resulta habitual que la víctima actúe personada como acusación en el inicio del proceso, constituyéndose en tal condición en su primera intervención en sede judicial. El problema surge en aquéllos supuestos en los que con posterioridad la víctima decide no continuar con la acción, en los que cabe preguntarse si su actuación como acusación en alguna de las fases procesales supone la desaparición de la dispensa del deber de declarar.

En TS en sentencia de 14 de julio de 2015, ante la cuestión que planteamos reitera el acuerdo citado y analizando la valoración que debe realizarse de la declaración de la víctima familiar a quien no se ha realizado en el inicio de la causa penal ni posteriormente en el plenario, la advertencia de la dispensa a la que puede acogerse en el proceso seguido contra quien fue su pareja, declara que se halla incluida en la excepción de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar, y por tanto era innecesario formularle la advertencia por cuanto en fase de instrucción la víctima había ejercitado la acusación particular lo que supuso la novación de su posición al de testigo ordinario y la consiguiente renuncia al derecho a no declarar. Y, aunque en el plenario

renunciara al ejercicio de las acciones penales y civiles, aquél status no por ello desaparece. Señala que en caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible.

No obstante la controversia existente al respecto, el TS acogiendo una interpretación amplia del derecho de que tratamos, adopta un nuevo acuerdo de Pleno 23 de enero 2018[16] que concluye que "*No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECrim) quien habiendo estado constituido como acusación particular ha cesado en esa condición*".

Parte de la base de que la situación es radicalmente diferente a la contemplada en el anterior acuerdo, pues aquí de lo que se trata es de una persona que por las razones que sean ha renunciado a la pretensión inicialmente sostenida, desistiendo de su condición de acusación particular. Supuesto en el que no se aprecia nada contradictorio sino una decisión que debe ser respetada por el derecho desde el momento en que no existe obligación legal del particular a formular acusación siendo un derecho renunciable no pudiendo, mientras el legislador no prevea otra cosas, despojar de ese derecho a quien haya ostentado en algún momento la condición de acusación particular. Significaría un exceso que, pasados los momentos iniciales, la víctima se viera privada de la facultad de eludir el conflicto -declaración contra el pariente versus falso testimonio-, viéndose obligada a la opción entre delinquir o traicionar los sentimientos surgidos de esa relación familiar.

2. Incidencia en delitos de violencia de género.

Vista la importancia de la declaración de la víctima testigo en los delitos de violencia de género y la problemática que supone el alcance del art. 416 LECrim en los términos en los que ha sido interpretado frente a la política criminal proteccionista establecida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección frente a la Violencia Machista, son frecuentes las posiciones doctrinales que consideran que debe excluirse dicha dispensa a los testigos que ostenten la condición de víctima o perjudicados en este clase de violencia. No olvidemos que en un 11,99% de los casos,

[16] Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018.

según datos del Consejo General del Poder Judicial[17], se puso fin al proceso porque la víctima se acogió a este derecho.

El propio Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ[18] ha propuesto varias reformas legales al objeto de posibilitar una mejor respuesta institucional frente a la violencia contra la mujer, señalando la necesidad de modificar el art. 416 LECrim, en el sentido de suprimir la dispensa de la obligación de declarar contemplada para las víctimas de violencia de género, siempre y cuando sean denunciantes o estén personadas en la causa para ejercer la acusación particular.

No obstante no falta quienes[19] dudan de la constitucionalidad de excluir de la dispensa en estos supuestos por ir en contra del derecho garantizado en el art. 24.2 CE y propugnan como solución una modificación legislativa que permita la reproducción en el plenario de la declaración efectuada en aquéllos casos por la testigo víctima, siempre que se hubiera practicado en condiciones que garanticen su reproducibilidad. Solución acogida por el Magistrado Sr. Del Moral García en el voto particular a la STS de 25 de abril de 2018 recaída en el recurso de casación 231/2017 antes citado, y en el que, defiende que una prueba preconstituida practicada con todas las garantías (contradicción, intervención de las partes con sus respectivas direcciones letradas; presencia y supervisión por la autoridad judicial, advertencia al declarante de la posibilidad de acogerse a la dispensa, grabación en medio audiovisual), no se convierte en material totalmente desechable por el hecho de que quien la emitió, llegado el acto del juicio oral, manifieste su legítima voluntad de no declarar al abrigo de aquélla dispensa legal.

En todo caso como señala DE LA FUENTE HONRUBIA[20], si bien es complejo buscar el debido equilibrio entre el derecho a un proceso justo con las debidas garantías para el procesado y los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva de las víctimas y el derecho de igualdad de trato a los justiciables, este equilibrio no puede quebrar

[17] La violencia sobre la mujer en la estadística judicial Anual 2016.- http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Anual-2016

[18] MAGRO SERVET, V.; Propuesta de reforma de Violencia de Género ante el Senado, Comisión de Igualdad, Diario La Ley, núm. 8974, de 8 de mayo de 2017.

[19] RODRÍGUEZ LAINZ, J.S. ¿Sería constitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar en contra del agresor, Diario La Ley, núm. 9014, Sección Doctrina, 5 de julio de 2017.

[20] DE LA FUENTE HONRUBIA, F. La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual, La Ley Penal, núm. 68, 1 de febrero de 2010.

permanentemente por una cuestión de pura deficiencia técnica, de incorrecto desarrollo legislativo y de una dubitada interpretación jurisprudencial.

VI. CONCLUSIONES

Con el último pronunciamiento jurisprudencia, el TS ha hecho un flaco favor a las políticas contrarias a la violencia de género al permitir al testigo víctima que se erigió en acusación particular, acogerse en el posterior juicio, a la dispensa de la obligación a declarar impidiendo con ello, la utilización de las declaraciones sumariales del testigo advertido de aquél derecho y practicadas con contradicción.

Se hace necesario, en este extremo, una reforma legislativa, regulando tales supuestos en aras a facilitar la utilidad probatoria de la declaración de la víctima prestada con todas las garantías en momento anterior al uso del derecho a no declarar contra el cónyuge o pareja a fin de poner fin a esta lacra de la sociedad.

*** * * * * ***

Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Abogado en ejercicio. Doctorando. Máster. Ex-magistrado suplente. Socio de la FICP.

~El partícipe a título lucrativo en el proceso penal~

Resumen.- Con este trabajo, se pretende analizar el concepto de participe a titulo lucrativo, tan desapercibido inicialmente y tan "de moda" en relación con la actualidad política de nuestro país, que incluso a dado pie al cambio de gobierno y del sentir político de nuestro parlamento. Se hará una análisis del articulo 122 del código penal, en que consiste esta figura, sus notas características. Ligado a este concepto, se hará una breve referencia comparativa con concepto de responsable civil subsidiario, para finalizar con un breve análisis jurisprudencial del concepto principal.

Palabras clave.- Acusado, condenado, derecho de defensa, encausado, imputado, investigado, participe a titulo lucrativo, penado, procedimiento, proceso penal, responsabilidad civil subsidiaria.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de participe a titulo lucrativo, es una figura que ha pasado desapercibida inicialmente a todos los niveles, tanto doctrinal como jurisprudencialmente; no obstante, cobra gran actualidad, no solo ya en relación con la actualidad política de nuestro país, que incluso a dado pie al cambio de gobierno y del sentir político de nuestro parlamento, sino también a nivel doctrinal y jurisprudencial. Con la sentencia del caso Noos ya oímos hablar del partícipe a título lucrativo, ya que así fue declarada la infanta Cristina. Ahora la sentencia del caso Gürtel ha vuelto a traer a todos los medios de comunicación esta figura, ya que el Partido Popular ha sido condenado como partícipe a título lucrativo por los actos electorales que sufragaron las empresas del grupo Correa y, en consecuencia, debe abonar 133.628,48 euros por los actos llevados a cabo en Majadahonda y 111.864,32 euros por los de Pozuelo.

No debemos olvidar que los hechos de la trama Gürtel provienen de los años 1999 a 2005, cuando las personas jurídicas aún no podían ser responsables penalmente por los delitos cometidos en su seno, de ahí que el PP en este caso no estuviese imputado, pero a partir de 2012 hasta los partidos políticos pueden responder penalmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 bis del Código Penal, y las consecuencias no son tan solo de un resarcimiento de lo enriquecido, sino que pueden acarrear importantes multas y llegar, incluso, a la disolución del partido, algo a lo que aún se enfrenta el PP, que sí está formalmente acusado en el caso del borrado de los ordenadores de Bárcenas.

II. CONCEPTO DE PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO.

1. Concepto: Se trata de una institución a la que se solía prestar poca atención, un tanto olvidada, y, pese a resultar sumamente interesante, es bastante desconocida, no obstante es una figura de gran importancia en la práctica forense, principalmente en los delitos económicos y patrimoniales.

En una primera aproximación al concepto, el partícipe a título lucrativo es quien se beneficia del delito cometido por otra persona, sin conocer ni dicho delito ni que su beneficio procede del mismo. Así que el partícipe a título lucrativo, en principio, no es responsable penal de ningún delito, ni como autor ni como cómplice, sino que es responsable civil. Si conociera la procedencia ilícita de lo recibido sí estaría siendo responsable penal de un delito de receptación o de blanqueo de capitales.

Tiene su razón de ser en el hecho de que nadie puede enriquecerse con un delito (conozca o no el mismo). Si lo hace, debe devolver lo que recibió. Si se trata de dinero, deberá reembolsar idéntica cantidad. Por lo tanto, el partícipe a título lucrativo no está siendo sancionado con una multa, ni siquiera debe hacer frente a la totalidad de la responsabilidad civil derivada del delito, sino sólo debe abonar la misma cantidad con la que se enriqueció.

En palabras de TORRAS COLL[1], "*se denomina así a quien concurre al procedimiento penal, no como responsable criminal del ilícito penal investigado, sino en calidad de responsable civil directo por haber obtenido un beneficio o aprovechamiento ilícito derivado del comportamiento penalmente punible atribuido a otro*".

El término "título lucrativo" es interpretado jurisprudencialmente en sentido estricto, ya que solo abraza los casos de adquisición lucrativa.

Es decir, sin contraprestación alguna, por lo que, en principio, parecen excluirse los supuestos en que el beneficio reportado lo es en forma onerosa[2].

2. Notas características: El escueto artículo 122 del Código Penal (CP) que se ocupa de esta figura, ha necesitado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para perfilar sus requisitos y para diferenciarlo del responsable civil subsidiario. Estas son las notas que la definen y lo diferencian del concepto de responsable civil subsidiario:

[1] TORRAS COLL, J.M.: Revista de Jurisprudencia, número 2, el 18 de julio de 2013.
[2] SSTS 22.11.1998; 14.03.2003 -EDJ 2003/4267- y 24.09.2004 -EDJ 2004/126776-.

En primer lugar debe haberse beneficiado de los efectos de un delito. Para que se produzca esta responsabilidad civil por la "participación de los efectos" de esta persona debe haber un uso o utilización en su más amplio término de estos efectos del delito para que el hecho merezca un castigo.

En segundo lugar, no debe haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice.

En tercer lugar, tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo es a título gratuito, es decir, lo recibido no tuvo contraprestación alguna a cambio.

Además, no se trata de una responsabilidad derivada del delito, sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita del artículo 1305 Código Civil.

Por cuarto y último lugar, tal responsabilidad es solidaria con el autor, o cómplice, del delito; es decir, ambos deben responder conjuntamente, pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado o enriquecido lucrativamente.

Por el contario, la responsabilidad civil subsidiaria (artículos 120 y 121 CP) se trata de una responsabilidad derivada del delito; se amplía a personas que no participaron en él, a consecuencia de la especial relación que une al responsable penal con el responsable civil, como pueden ser casos de culpa a la hora de elegir a una persona o de vigilarla, una situación de dependencia, un beneficio para el responsable civil de lo efectuado por el responsable de la infracción o un mal funcionamiento defectuoso de los servicios públicos. Además, la cantidad a desembolsar coincide con la declarada para el responsable penal y debe abonarla si no paga dicho responsable penal.

3. Fundamento: Responde al clásico principio que veta el enriquecimiento injusto.

Se trata de la traslación del principio del derecho civil que declara la nulidad del negocio jurídico cuando la causa es ilícita (art. 1305 CC): "...nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se deriven de causa ilícita."

Su fundamento, como ya señalaba la STS de 21 enero 1993 radica en que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se deriven de causa ilícita.

4. Naturaleza jurídica: No existe una línea de posicionamiento definida al respecto, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, pues algunas resoluciones del Tribunal Supremo le otorgan naturaleza civil, otras la consideran como una "arma penal", es decir, como un instrumento para combatir la lucha contra la criminalidad económica, siendo, por lo demás, evidente que propiamente no se trata de una pena pues no aparece en el catálogo de penas imponibles, ni tampoco es predicable una parte de la responsabilidad civil diferente de la responsabilidad general, de la reparación del daño causado.

Jurídicamente y, aun cuando algún sector doctrinal contempla esta figura como una suerte de "receptador civil", no se encuentra en la esfera de las obligaciones *ex delicto*, sino que es la proyección del principio del derecho civil que declara la nulidad de los negocios jurídicos por ilicitud de la causa, deviniendo obligada la restitución, so pena de amparar un inaceptable enriquecimiento injusto.

III. EL ART. 122 DEL CÓDIGO PENAL.[3]

El art. 122 del Código Penal, viene a recoger lo que la doctrina denomina receptación civil. También el art. 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[4] contiene una referencia al partícipe a título lucrativo de los efectos del delito a fin de serle exigida fianza.

Su ubicación sistemática resulta desacertada, pues aparece tras la regulación de los responsables civiles subsidiarios, recogiéndose aquí un supuesto de responsabilidad civil directa.

El precepto cumple una función de captación. No es aplicable al receptador penal al tratarse de un delito autónomo, respondiendo éste conforme al art. 116 CP.

Los sujetos mencionados en el precitado precepto sustantivo, en puridad, no son propiamente responsables civiles, si bien pueden ser compelidos a cumplir una obligación civil como lo es la de restituir o resarcir.

[3] Artículo 122 Código Penal. *El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.*

[4] Artículo 615 Ley Enjuiciamiento Criminal. *Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal, o por haber participado alguno por titulo lucrativo de los efectos del delito, el Juez, a instancia del actor civil, exigirá fianza a la persona contra quien resulte la responsabilidad. Si no se prestase, el Secretario judicial embargará con arreglo a lo dispuesto en el Título IX de este libro los bienes que sean necesarios.*

El partícipe a título lucrativo, es una tercera persona (física o jurídica o incluso un Partido Político) que aún cuando no se halle implicado, incriminado, como responsable criminal en el procedimiento penal puede ser llamado a responder civilmente, en el seno del propio proceso penal.

La responsabilidad civil derivada es *directa, solidaria, pero relativa, limitada, restringida* en cuanto viene circunscrita a la cuantía de la participación.

Otro supuesto de responsabilidad civil directa y solidaria lo hallamos en el art. 117 CP referido a las aseguradoras.

La diferencia esencial con el receptador criminal radica en la ajenidad al hecho criminal. Esto es, el *receptador penal* conoce que los efectos proceden de una infracción penal, mientras que el *partícipe lucrativo* ignora la existencia del ilícito penal. Es decir, falta el elemento subjetivo, intelectual (STS 23.11.1998).

Siguiendo a Quintero[5] las consecuencias del art. 122 son las siguientes:

1. La participación debe entenderse como aprovechamiento de rendimientos materiales, tangibles y evaluables de los delitos, lo cual puede suceder a causa de un delito contra el patrimonio o de cualquier otro. Lo único determinante es que se trate de productos generados por el delito, valorables y susceptibles de restitución (cosas) o de resarcimiento (el valor).

2. Dicha participación no se corresponde con la participación en el delito, pues de esta participación se deriva la responsabilidad civil directa. En caso de receptación, como tales autores, responden personal y directamente y no como participes a títulos lucrativo.

La esencia de la responsabilidad que se contempla en art. 122 no es la estrictamente derivada del delito como la que se establece para los responsables directos o subsidiarios, sino más bien la traslación de la nulidad civil de las obligaciones sin causa o con causa ilícita.

El título lucrativo que se contempla en este art. 122 alcanza a las adquisiciones mortis causa de los efectos de delito o falta.

[5] QUINTERO OLIVARES, G., *et al*, Manual de Derecho Penal parte General, Ed. Arzandi 2ª. Navarra 2000, p. 704.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO

Jurisprudencialmente, entre otras, las SSTS de 5.2.2003 y de 14.3.2003, señalan los requisitos para que sea viable la restitución por participación lucrativa:

a) Existencia de un delito precedente o matriz del que se deriven los efectos del que participa como responsable lucrativo.

b) Aprovechamiento por parte de persona física, jurídica o partido político, de los efectos de un delito o falta -aunque no se le pueda condenar como receptador-. Es decir, que no sea condenado por haber participado en un delito a título de autor o cómplice, puesto que la condena como responsable penal origina la aplicación del art. 116 CP, no la de este art. 122, refiriéndose la expresión "hubiere participado de los efectos de un delito o falta" a un mero aprovechamiento civil (o penal no castigado). Abarca cualquier forma de utilidad que le reporte al partícipe, constituyendo la mera disponibilidad del objeto ya un rendimiento (SSTS 30.11.1992 y 19.04.1989).

c) Que quien tenga esos bienes desconozca que proceden de un hecho delictivo.

d) Que no esté acusado de haber participado en el delito a título de autor o de cómplice.

e) Dicha participación a efectos de aprovechamiento civil ha de tener como causa un título lucrativo (sin contraprestación alguna) no un título oneroso. No se concibe estrictamente en sentido técnico civil, pues ello conduciría a rechazar la adquisición a título oneroso o remuneratorio. Se atiende a criterios, no tanto civiles y formales, como a juicios inferenciales más prácticos y reales, pues constituye práctica frecuente que se vendan los efectos del delito por un precio simbólico o despreciable en cuanto a su valor real de mercado. Debe indagarse si hubo o no una auténtica contraprestación, más o menos equivalente ajustada a las pautas de mercado o si se enmascara lo que se conoce como "*negotium mixtum cum donatione*".

Se trata de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervinieron en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buena fe y a título oneroso cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada, como establece la SAP Lleida, sec. 1ª de fecha 24 mayo 2011.

Debe el adquirente tener conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva, de la procedencia de los efectos, a fin de impedir la aplicación del *crimen receptacionis*, en concepto de autor, cómplice o encubridor.

La praxis forense nos enseña que determinados hechos ilícitos ofrecen la presencia del tercero lucrativo que obtiene un beneficio o lucro derivado del ilícito penal, lucro que no necesariamente ha de traducirse en dinero, sino que puede consistir inclusive en la simple posesión de un bien, usualmente en delitos de blanqueo de capitales o vinculados al narcotráfico o delitos de naturaleza económico financiera, malversación de caudales públicos, en delitos tales como el alzamiento de bienes o la insolvencia punible.

Así, *ad exemplum*, cónyuges no condenados a cuyo nombre figuran los efectos del delito, como depósitos bancarios de dinero procedentes del delito de estafa (SSTS 11.02.2009 y 07.12.2006). Acusado que ingresa el dinero obtenido de la estafa en una cuenta corriente del hermano (STS 05.02.2003). Pareja sentimental que acepta dinero proveniente de estafa (SAP Barcelona de 31.05.2007). Amante o pareja sentimental que pone a su nombre el inmueble del marido-deudor para burlar el crédito de la esposa-acreedora, en el delito de alzamiento de bienes e impago de pensiones alimenticias.

Ejemplos paradigmáticos los podemos encontrar en las personas de familiares, de ordinario, esposas o parejas de narcotraficantes o de empresarios o políticos corruptos, poseedores de ostentosos bienes producto de los ilícitos comportamientos que les han sido asignados.

Concurriría la figura del partícipe a título lucrativo por el mero depósito del dinero en una cuenta corriente si su única finalidad es meramente transitoria, momentánea, con el designio de dificultar el descubrimiento del fraude, incumbiendo a quien lo alega la carga de acreditarlo (SSTS 24.09.2004 y 02.06.2009): "...*no concurriría la figura del partícipe a título lucrativo por el mero depósito del dinero en una cuenta corriente si su única finalidad es meramente transitoria,...*"

La valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y de su reivindicabilidad debe efectuarse conforme a la normativa que regula el tráfico jurídico y la determinación de la restitución o resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (STS 5.12.1980). Así, el Alto Tribunal declaró que la vía procesal elegida, explorada, ha de respetarse y que el dinero que la recurrente percibió de su marido, a

título lucrativo, era de ilícita procedencia por lo que su conducta queda enmarcada en el ámbito del entonces vigente art. 108 del antiguo Código Penal, actualmente art. 122 CP.

Otro ejemplo reciente lo encontramos en la Sentencia, dictada de conformidad, por la Sección Segunda de la AP de Barcelona, en el "caso Pallerols", en la que el Tribunal razona que "no ha sido acreditado que Unión Democrática de Catalunya (UDC) "tuvieran cabal conocimiento de que la aportaciones que hacía el acusado Pallerols procediera de las subvenciones públicas y fuera fruto de los acuerdos alcanzados entre los acusados". De esta forma, las conclusiones del Tribunal confirman que Unión se lucró sin saber que el dinero desviado provenía de subvenciones y acredita la figura del partícipe a título lucrativo del partido".

En sede de delito contra la salud pública, tráfico de estupefacientes y blanqueo de dinero, la STS de 29 diciembre 2009, declara: "*No obstante, la sentencia, después de reflejar en parte la acusación del Ministerio Fiscal e imputarle la obtención de pingües beneficios, hace una minuciosa y exhaustiva comprobación de los bienes y acuerda el comiso de los bienes inmuebles y de las cuentas bancarias*", resolución que es una consecuencia lógica del delito de tráfico de drogas por el que se condena al marido de la recurrente. Añade que "*a los efectos del comiso, se declara la condición de responsable como partícipe a título lucrativo de la representación de la actividad delictiva desarrollada por el marido a su esposa*". En consecuencia, es innegable que los bienes proceden del tráfico de drogas resultando indiferente cuál sea la condición que ostente la recurrente respecto de los mismos.

En definitiva, el comiso se aplica de manera correcta con arreglo a las previsiones del art. 127 y 324 CP, en cuanto que se trata de bienes inequívocamente procedentes del tráfico de drogas, como ya se ha dicho, por lo que los efectos del mismo se extienden a todos los bienes que se relacionan en la sentencia como ganancias o efectos procedentes del tráfico de drogas. No se trata de justificar esta decisión por considerarla como partícipe a título lucrativo, sino como persona que no sólo conocía sino que compartía los beneficios y que no puede ser considerada como tercero de buena fe ni admitir que su adquisición ha sido legal."

Otro supuesto lo hallamos en la viuda del exdirector de Recursos Humanos de Caixa Penedès, habiendo confirmado, el Juzgado de Instrucción Central de la Audiencia Nacional que ella y sus hijos heredaron los 2,5 millones de euros que su marido llegó a cobrar de las pólizas de jubilación que contrató con la entidad, por lo que la mujer ha

comparecido *como partícipe a título lucrativo* en la causa en la que el magistrado investiga a cuatro ex directivos de la Caja por adjudicarse pensiones millonarias mediante pólizas que blindaron en 2010, cuando empezó a recibir fondos del FROB, tras admitir a trámite una querella de la Fiscalía Anticorrupción por un delito societario continuado de administración desleal, en méritos del cual el acusado, ex Director General, "*prevaliéndose*" de su condición y "*valiéndose*" del entonces Director de Recursos Humanos, y de los otros dos imputados, "*diseñó una estrategia a largo plazo destinada a garantizarse ilícitamente una desproporcionada ganancia patrimonial a costa y a espaldas de la entidad*". "*Una estrategia pensada para el momento en que por cualquier motivo cesaran o extinguieran su relación laboral, sin excepciones*".

Finalmente, cabe mencionar el "Caso Nóos" en el que se abren posibles escenarios procesales de dicha figura del partícipe a título lucrativo, como en el curso de una conferencia manifestó el Director de la Oficina Antifraude de Cataluña, al sostener que la Infanta Cristina, después de haber sido desimputada por la Audiencia Provincial, podrá seguir figurando dentro de la causa del caso Nóos y acabar siendo juzgada como posible "beneficiaría a título lucrativo" de los fondos presuntamente malversados por su marido.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS nº 532/00 de 30 de marzo[6], con cita de las sentencias de 21-1-93 y 15-12-95) declara que esta responsabilidad es la consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita.

Se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito. El art. 122 del CP exige para su aplicación que una persona, no partícipe del delito ni autor de receptación o encubrimiento, se haya beneficiado de los efectos del delito por título lucrativo (STS nº 114/09 de 11 de febrero)[7].

Concurriendo los requisitos exigibles para hacer responsable a un tercero en concepto de participe por título lucrativo, no se produce obligación de restituir, reparar o indemnizar como si se tratara de un responsable penal con el contenido de los arts. 109 y ss. CP, sino que nace una responsabilidad diferente que la STS nº 287/14 de 8 de

[6] STS nº 532/2000 de 30 de marzo, Ponente Sr. Granados Pérez (Rec. 3916/1998, Roj STS 2609/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2609).

[7] STS nº 114/2009 de 11 de febrero, Ponente Sr. Delgado García (Rec. 766/2008, Roj STS 631/2009 - ECLI:ES:TS:2009:631).

abril[8] indica que tiene como causa el mencionado enriquecimiento ilícito y como límite la cuantía de su propio beneficio.

Incluso en la STS nº 391/14 de 8 de mayo[9] indica que la obligación de restitución se aplica a quien hubiere participado de los efectos de un delito o falta "*por título lucrativo*", entendiendo por tal no la referencia a la naturaleza del negocio jurídico, lucrativa u onerosa, en cuyo marco esa participación de los efectos delictivos se haya producido, sino al hecho de que se haya obtenido una real ventaja, o lucro, causalmente vinculado con la comisión del ilícito.

1. Requisitos Jurisprudenciales: El nacimiento de la responsabilidad de quien haya participado por título lucrativo de los efectos del delito o falta ha exigido por la jurisprudencia del TS[10] los siguientes requisitos:

a) Aprovechamiento por título lucrativo, es decir, que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica. La responsabilidad por este concepto, por título lucrativo, excluye que el aprovechamiento haya tenido lugar por título oneroso, en cuyo caso, se abrirá la posibilidad de imputación del tercero (STS 1024/04 de 24 de septiembre). Debe tratarse de un verdadero aprovechamiento no siendo suficiente la mera apariencia de beneficio, como contemplan la SSTS nº114/09 de 11 de febrero y nº 616/09 de 2 de junio[11]: "Esta Sala ha entendido en algunas ocasiones (STS 1024/2004 de 24 de setiembre y STS 368/2007, de 9 de mayo), que "*...el ingreso en las cuentas no determina sin más el aprovechamiento lucrativo, ni hace su responsabilidad por el simple deposito del dinero en sus cuentas, no siendo absurdo que el paso del dinero en las cuentas tuviera una simple finalidad nominal o transitoria, al objeto de dificultar el descubrimiento del fraude*".

[8] Sentencia nº 287/2014 de 8 de abril, Ponente Sr. Monterde Ferrer (Rec. 758/2013, Roj: STS 2818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2818). Esta Sentencia cita también las de 9-3-1974, 5-12-1980, 20-3-1993, 21-12-1999, 14-6-2000, 25-2-2003, 24-9-2004, 28-11-2006, 9-5-2007, 11-9-2007, 24-9-2009 y 11-2-2009).

[9] Sentencia nº 391/2014 de 8 de mayo, Ponente Sr. Maza Martín (Rec. 2136/2013, Roj STS 869/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1869).

[10] STS nº 532/00 de 30 de marzo, con cita de las SSTS de 2-12-77 y 9-12-78, entre otras.

[11] STS nº 114/2009 de 11 de febrero, Ponente Sr. Delgado García (Rec. 766/2008, Roj STS 631/2009 - ECLI:ES:TS:2009:631) y STS nº 616/2009de 2 de junio, Ponente Sr. Colmenero Menéndez (Rec. 1981/2008, Roj STS 3918/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3918).

Lo verdaderamente importante es que el aprovechamiento del tercero se produzca sin contrapartida, independientemente de que el marco jurídico-formal en el que se hubiera producido el beneficio injustificado sea de carácter oneroso (STS nº 986/2009 de 13 de octubre[12]).

b) Desconocimiento de la procedencia de los efectos. El Tribunal Supremo requiere que el participe por título lucrativo desconozca que los efectos de los que se aprovecha provengan de la comisión de un delito o falta, concluyendo que en caso contrario su conducta podría ser constitutiva de un delito de receptación del art. 298, que se comete por quien con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos. En el delito de receptación, tal como se indica en la STS nº 139/2009 de 24 de febrero[13] ese conocimiento de la comisión antecedente de tal delito no exige una noticia exacta, cabal y completa del mismo, sino un estado de certeza que significa un saber por encima de la simple sospecha o conjetura (STS 859/2001 de 14 de mayo; STS nº 1915/2001 de 11 de octubre, conocimiento que no implica el de todos los detalles o pormenores del delito antecedente, ni el *nomen iuris* que se le atribuye, pero no basta tampoco la simple sospecha de su procedencia ilícita sino la seguridad de la misma que, como hecho psicológico, es difícil que pueda ser acreditada por prueba directa, debiendo inferirse a través de una serie de indicios, como son la irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición, la clandestinidad de la misma, la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos, la personalidad del adquirente acusado o de los vendedores o transmitentes de los bienes o la mediación de un precio vil o ínfimo, desproporcionado con el valor real de los objetos adquiridos, entre otros elementos indiciarios (SSTS 8/2000, de 21 de enero y 1128/2001, de 8 de junio).

Por lo tanto ese conocimiento es que marca la línea entre ambas responsabilidades (la delictiva del art. 298 y la civil del art. 122).

[12] Sentencia nº 986/2009 de 13 de octubre, Ponente Sr. Andrés Ibáñez (Rec. 10773/2008, Roj STS 6996/2009).

[13] STS nº 139/2009 de 24 de febrero de 2009 Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre (Recurso: 878/2008, STS 609/2009 - ECLI:ES:TS:2009:609).

***c) Ausencia de intervención en el delito o falta*:** el adquiriente a quien se declara responsable civil por título lucrativo, debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del *crimen recptacionis* en concepto de autor cómplices y encubridor, tal como se desprende de la STS nº 1313/06 de 28 de noviembre[14] entre otras, según antes de ha expuesto, pero también, y aunque se una conclusión evidente, el participe por título lucrativo no debe haber participado en la comisión del delito del que procedente los efectos de los que se aprovecha, ya que si existiese algún grado de participación, su responsabilidad vendrá dada por la general que se exige a todos los participes, ex art. 116 como responsable criminalmente.

La falta de participación supone ausencia de cualquier tipo de aportación causal al delito del que procedente los efectos de los que se aprovecha el tercero responsable civil por este concepto.

La expresión "hubiere participado de los efectos de un delito o falta" utilizada en este art. 122 se refiere a un mero aprovechamiento civil, aunque es cierto que los participes en el delito del que provienen los efectos también se aprovechan, pero la responsabilidad de estos es la directa que contempla el art. 109. En tal sentido, la STS nº 364/09, de 8 de abril[15] menciona que es difícil concebir que se produzca una conducta apropiatoria, guiada por ánimo de lucro, sin que posteriormente el autor o autores no realicen actos dispositivos, ya sea de reparto o de cobertura u ocultación del hecho delictivo.

La exigencia de responsabilidad por este concepto requiere que la causación se dirija contra el tercero por expresamente, ya que no es una consecuencia residual, por lo que quien venía siendo acusado, sea cual sea su grado y concepto de participación, si resulta finalmente condenado, la responsabilidad civil será la exigible de conformidad con lo establecido en los arts. 109 y 116 del CP, mientras que si finalmente resulta absuelto no nace directamente la responsabilidad del art. 122 del CP, salvo que se haya exigido de forma alternativa. Así lo contempla la STS nº 679/14, de 22 de octubre[16]:

[14] Sentencia nº 1313/2006 de 28 de noviembre, Ponente Sr. García Pérez (Rec. 152/2006, Roj: STS 8732/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8732).

[15] Sentencia nº 364/2009 de 8 de abril, Ponente Sr. Soriano Soriano (Rec. 997/2008, Roj: STS 2408/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2408).

[16] Sentencia nº 679/2014 de 22 de octubre, Ponente Sr. Martínez Arrieta (Rec. 479/2014, Roj STS 4164/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4164).

"La vigencia de los principios que rigen el enjuiciamiento de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito exige que para su declaración medie el previo ejercicio de acción penal y en su caso de la responsabilidad civil por los títulos que establecen esa exigencia en el Código penal y en la articulación prevista en la Ley de enjuiciamiento criminal. No es procedente que quien haya sido absuelto de la acción ejercitada, en este caso la responsabilidad penal y la civil directa por su participación en un hecho delictivo, sea condenado sin mediar esa acusación como partícipe lucrativo en la instancia revisora del pronunciamiento absolutorio"[17].

De la ausencia de participación del responsable civil por título lucrativo en el delito del que proceden los efectos de los que se beneficia se concluye en la STS nº 114/09, de 11 de febrero, que se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito.

d) Responsabilidad solidaria limitada a la efectiva participación. La responsabilidad del tercero que se aprovecha por título lucrativo es de naturaleza civil y por lo ello tanto la valoración antijurídica de la transmisión de los efectos y su irreivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico. El aprovechamiento por título lucrativo no excluye que quien sea declarado responsable civil por este concepto deba reparar el daño con arreglo a lo establecido en los arts. 109 y 110 del CP (restitución, reparación del daño o indemnización).

En todo caso la responsabilidad civil del responsable por título lucrativo es de naturaleza solidaria con el responsable civil ex delicto, y no cumulativa, como declaro la STS nº 212/2014, de 13 de marzo[18] "No es que el tercero responsable civil tenga que pagar una cantidad adicional a sumar a la correspondiente al responsable penal principal. Sencillamente responde solidariamente y de manera conjunta con el responsable penal del importe de su beneficio".

El límite de su responsabilidad se encuentra en el importe de su beneficio aun cuando la responsabilidad civil de los participes en el delito precedente sea superior tal como admite la STS nº 368/07, de 9 de mayo:

[17] En cambio SSTS nº 142/2003 de 5 de febrero y la STS 368/07 de 9 mayo, admiten la responsabilidad ex art. 122 CP, como consecuencia de la absolución.

[18] Sentencia nº 212/2014 de 13 de marzo, Ponente Sr. Del Moral García (Rec. 1319/2013, Roj: STS 1108/2014 - ECLI:ES:TS:2014:110).

"*El art. 122 CP recoge la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a titulo lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil*".

La ultima resolución judicial (Sentencia 20/2018) de gran relevancia, mas que a nivel jurídico, a nivel político, que devuelve al "candelero jurídico" la figura del participe a titulo lucrativo se dicta el diecisiete de mayo de 2018 por la Audiencia Nacional, conocida dentro del denominado "Caso Gurtel".

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha condenado a 351 años y 1 mes de cárcel a 29 de los 37 acusados en el juicio por la Época I (1999-2005) del caso Gürtel, penas que van desde los 51 años y 11 meses que han recaído en Francisco Correa hasta los cinco meses, correspondientes a Jacobo Gordon, mientras que absuelve a otros ocho, entre ellos Álvaro Pérez.

En la primera sentencia que dicta la Audiencia Nacional de la trama Gürtel, los jueces consideran que los acusados cometieron delitos de asociación ilícita, fraude a la administración pública, cohecho (activo y pasivo), falsedad en documento mercantil, malversación de caudales públicos, prevaricación, blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública, tráfico de influencias, apropiación indebida, exacciones ilegales o estafa procesal intentada.

La sentencia, de 1.687 páginas, incluye un voto particular discrepante del magistrado Ángel Hurtado, en el que propone la absolución de Ricardo Galeote, Ángel Sanchís y su hijo, así como de Carlos Clemente. Además, el magistrado se opone a la condena al PP como partícipe a título lucrativo.

La sentencia, de 1.687 páginas, incluye un voto particular discrepante del magistrado Ángel Hurtado, en el que propone la absolución de Ricardo Galeote, Ángel Sanchís y su hijo, así como de Carlos Clemente. Además, el magistrado se opone a la condena al PP como partícipe a título lucrativo.

Los magistrados explican que la sentencia mayoritaria se basa en su mayor parte en la ponencia inicial de Ángel Hurtado. Al quedarse éste en minoría en varios aspectos de la misma, la ponencia ha pasado en forma de coponencia a los otros magistrados,

figurando Julio de Diego como ponente, a efectos formales, al ser el más antiguo.

Los hechos probados de la llamada "primera época de Gürtel" se sitúan entre los años 1999 hasta 2005, con algunas actividades muy concretas posteriores, en relación con la estructura de la organización liderada por Francisco Correa y desplegada en determinados territorios gobernados por el Partido Popular. La Sala ha juzgado los hechos atribuidos al Grupo de Correa en la localidad malagueña de Estepona, en los municipios madrileños de Majadahonda (2001 a 2005) y Pozuelo (2003 a 2005), municipio de Madrid (2002), Comunidad de Madrid (2004 a 2008) y Comunidad de Castilla y León (2002 y 2003).

El Tribunal considera acreditado que durante esos años entre el Grupo Correa y el Partido Popular se tejió en esos territorios una estructura de colaboración estable y consistente en prestación de múltiples y continuos servicios relativos a viajes, organización de eventos, dentro de la normal actividad de dicho partido político. Pero además, según la Sala, se creó "en paralelo un auténtico y eficaz sistema de corrupción institucional a través de mecanismos de manipulación de la contratación pública central, autonómica, y local a través de su estrecha y continua relación con influyentes militantes de dicho partido, aquí enjuiciados, que tenían posibilidades de influir en los procedimientos de toma de decisión en la contratación pública de determinados entes y organismos públicos que dirigían o controlaban directamente a través de terceras personas".

La sentencia relata cómo las empresas de Correa u otras empresas terceras elegidas, con el apoyo de los cargos públicos condenados, gozaban de un arbitrario trato de favor en la contratación pública. Inflaban precios que se cobraban de las distintas administraciones públicas afectadas, con la finalidad buscada de la obtención ilícita de importantes beneficios a costa del erario público, "o bien comisiones cuando la adjudicataria eran terceras empresas, que luego se repartían entre el Grupo Correa y las autoridades o cargos públicos electos o designados corruptos, que recibían cantidades de dinero en metálico, pero también otro tipo de servicios o regalos prestados por diferentes empresas de esta trama, como eventos, viajes, fiestas, celebraciones, etc. De las que en algunos casos se beneficiaron también sus familiares".

Otras cantidades detraídas, según los jueces, sirvieron directamente para pagar gastos electorales o similares del Partido Popular o fueron a parar como donaciones finalistas a la llamada "Caja B" del partido, consistente "en una estructura financiera y

contable paralela a la oficial existente al menos desde el año 1989, cuyas partidas se anotaban informalmente, en ocasiones en simples hojas manuscritas como las correspondientes al acusado Bárcenas, en las que se hacían constar ingresos y gastos del partido o en otros casos cantidades entregadas a personas miembros relevantes del partido, si bien estos últimos aspectos que se describen lo son únicamente para precisar el contexto en el que se imbrican los hechos objeto de este enjuiciamiento, pero quedando fuera de su ámbito de conocimiento".

El tribunal concluye que el PP de be ser condenado como partícipe a título lucrativo por los actos electorales que sufragaron las empresas del grupo Correa en las localidades madrileñas de Majadahonda y Pozuelo cuando Guillermo Ortega y Jesús Sepúlveda eran candidatos a esas alcaldías. La Sala explica que concurren todos los requisitos del responsable a título lucrativo, en tanto que los actos delictivos descritos en la sentencia, "produjeron beneficios económicos cuantificables al Partido Popular, consistentes en la financiación ilegal de actividades y diversos actos políticos realizados en campañas y precampañas electorales para sus candidatos, que de otra manera hubieran tenido que ser sufragados directamente con recursos económicos propios del partido político en cuestión".

La formación política deberá abonar 133.628,48 euros por los actos llevados a cabo en Majadahonda y 111.864,32 euros por los de Pozuelo, al haberse constatado que se produjo un enriquecimiento ilícito en perjuicio de los intereses del Estado, generándose una obligación civil de devolución. Lo abonarán de modo directo y solidario con los condenados Guillermo Ortega, José Luis Peñas, Juan José Moreno, Mari Carmen Rodríguez Quijano, Francisco Correa, Pablo Crespo (por los gastos de Majadahonda) y Jesús Sepúlveda (por los de Pozuelo).

El tribunal explica que es el PP nacional y no su grupo municipal el que debe responder. "Por tanto, la persona, en este caso jurídica, conocedor del destino de los fondos recibidos y beneficiada de la actividad ilícita desarrollada por Francisco Correa fue el Partido Popular no el grupo municipal, grupo municipal que según declaró ante el Tribunal el testigo Pío García Escudero en campaña electoral está vacío de contenido dado que hay una serie de candidatos que aspiran a ser alcaldes y concejales; el testigo Ricardo Romero de Tejada lo confirmó ante el Tribunal: "era el Partido Popular quien debía sufragar los gastos y no el grupo municipal". Por tanto, es el Partido Popular, dice la sentencia, quien ostenta un único NIF en el tráfico jurídico y quien resulta obligado al

resarcimiento del daño.

La Sala también condena a Ana Mato como partícipe a título lucrativo en la cuantía de 27.857,53 euros por los viajes y otros servicios que el Grupo Correa ofreció a su familia. El tribunal recuerda que en la época de aquellas dádivas Ana Mato estaba casada en régimen de gananciales con Jesús Sepúlveda y por tanto esos gastos abonados por los condenados debían correr a cargo de la sociedad de gananciales " parece evidente – señala la sentencia- que si la señora Mato realiza unos viajes y recibe unos servicios que no abona, está obteniendo un beneficio en la parte o cuota que debiera corresponderle sufragar como miembro de la sociedad conyugal, por lo que, en la medida que supone un enriquecimiento sin causa, como decíamos arriba, viene obligada a restituir aquello en que se ha beneficiado".

Del mismo modo, la Sala condena a Gema Matamoros, esposa del ex alcalde de Majadahonda Guillermo Ortega a devolver 45.066,66 euros por participar a título lucrativo de los viajes y regalos con los que la trama Correa obsequió al matrimonio.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO.

La consecuencia natural del ilícito penal es la pena entendida en sentido amplio y, en la medida en que produzca daños, su reparación es también una consecuencia del hecho típico, aun cuando se considere que se trata de la consecuencia civil del injusto.

Desde el Derecho Civil el daño se contempla como perjuicio que puede derivar de diferentes causas: del incumplimiento contractual, de las acciones u omisiones que tengan una intención de dañar o una negligencia, o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan riesgo. Responsabilidad extracontractual es toda aquella que no deriva del contrato, aun cuando en la actualidad se prefiere, generalmente, la expresión derecho de daños resaltando que la causa de la obligación del resarcimiento es el daño. El art. 1088 del CC establece las fuentes de las obligaciones, que pueden nacer tanto de la ley, como de los contratos o cuasicontratos, e incluso de los actos u omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier tipo de culpa o negligencia[19].

El Código Civil regula la responsabilidad extracontractual en el art. 1902 según el cual está obligado a reparar el daño quien lo causa a otro por culpa o negligencia, en cuyos términos podría incluirse el daño derivado del ilícito penal, si bien el art. 1092

[19] ROCA I TRIAS, E., en A. López, V. Montes y Roca, E., Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos. 2001, Valencia. Tirant lo Blanch, p. 301.

remite al Código Penal la regulación de las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas. Así, el art. 109 del CP establece que la ejecución de un hecho descrito como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios causados, y a su vez el art. 116 dispone que el criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente en tanto que del hecho se deriven daños o perjuicios.

No existe dualidad de regímenes de responsabilidad, uno derivado del delito y otro derivado de los ilícitos civiles, ya que el fundamento de la atribución de responsabilidad y de la obligación de resarcir está siempre en la causación de un daño. La fuente de la responsabilidad civil derivada del delito es el hecho descrito por la ley como delito o falta, como comportamiento prohibido, aun cuando solo se dará esta responsabilidad cuando se deriven daños o perjuicios, por lo que no cabe duda de que la responsabilidad civil que nace del delito o falta tiene naturaleza civil[20].

En la doctrina[21] se mantiene esta naturaleza de carácter civil señalando, por una parte, que en esta materia no rige el principio de personalidad propio de la pena**,** de ahí que no se extingue por la muerte del condenado sino por las causas de extinción de las obligaciones reguladas en el Derecho Civil, y por lo tanto la obligación de resarcimiento es transmisible *mortis causa*; por otra, que la responsabilidad civil derivada del delito no se establece de manera proporcional a la gravedad del delito sino a partir de los efectos producidos por el hecho típico, y, finalmente, que la acción civil es plenamente renunciable por quien tenga derecho a exigirla, no así la penal que es por regla general indisponible (art. 106 LECrim) y no se extingue por renuncia del agraviado.

El hecho de que la responsabilidad penal y civil se exijan conjuntamente (arts. 108 y 742 LECrim) debe entenderse como facilidad procesal para el perjudicado, sin que por ello pueda afirmarse la absoluta correspondencia de ambas, ya que puede existir responsabilidad penal sin responsabilidad civil (como en el caso de los delitos no consumados que no llegan a causar perjuicios), y también puede existir responsabilidad civil sin responsabilidad penal, en caso de determinadas eximentes (art. 118 CP).

Hay que tener en cuenta, también, que no siempre el responsable civil es responsable penal, tanto en los casos de responsabilidad civil subsidiaria en la que determinados terceros responden por el culpable (arts. 120 y 121 CP), como en los

[20] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et al*, Lecciones de Derecho Penal Parte General. LA LEY, 2ª. Madrid 1999, p. 410.

[21] Entre otros MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, 6ª. 2004, Valencia., p. 596.

casos de responsabilidad civil directa de las aseguradoras (art. 117 CP) y finalmente, en el art. 122 del CP se contempla responsabilidad de quien por título lucrativo participa de los efectos de delito o falta. El esquema anterior debe completarse teniendo presente que el perjudicado no siempre es la víctima ni el sujeto pasivo del delito. En esta línea, la STS nº 172/2005 de 14 de febrero[22].

Dada la naturaleza privada de los efectos civiles que nacen del ilícito penal, los principios que informan la responsabilidad civil no pierden su autonomía, como se desprende de la regulación de los arts. 107 y ss. LECrim. Así, la STS nº 362/12 de 15 de mayo[23] indica que **"**los principios dispositivo y de rogación exigen la expresa declaración de voluntad de la parte dirigida al tribunal sobre lo que se pide en relación con la responsabilidad civil, de forma que tiene una doble vinculación en relación con la petición en sí misma y con un contenido".

En la Sentencia nº 213/2013 de 14 de marzo[24] el Tribunal Supremo establece que la responsabilidad civil por el hecho ajeno responde a tres criterios de imputación:

1. La *culpa*. Así, el art 118 CP obliga a responder a los que tengan a un inimputable bajo su potestad o guarda "siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte". En la responsabilidad por culpa, en primer lugar, hay una función indicativa, de tal modo que se denota que las facultades que tiene atribuida el responsable en su relación con el causante del daño no se agotan en su relación particular sino que también deben ejercitarse erga omnes y no sólo inter partes. En segundo lugar, de modo específico para la responsabilidad civil ventilada en el proceso penal, se pretende expresar, que, de entre todos los posibles culpables, en sentido civil, de un daño, ese y sólo ese puede ser traído al proceso penal.

2. La *culpa presunta.* La responsabilidad subsistirá, mientras el presunto responsable no pruebe que actuó con toda diligencia en la prevención y evitación del daño. Así el art. 1903 del CC cuando indica que "la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño". En la responsabilidad

[22] STS nº 172/2005, de 14 de febrero, Ponente Sr. Sánchez Melgar, Rec. 1991/2003, Roj: STS 828/2005 - ECLI:ES:TS:2005:828**.**

[23] STS nº 362/12 de 15 de mayo, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre, Rec. 11932/2011, Roj STS 4432/2012 - ECLI:ES:TS:2012:443. En esta Sentencia se recuerda la doctrina consolidada entre otras 3-5 y 11-12-2001 y 26-10-2002.

[24] STS nº 213/2013 de 14 de marzo, Ponente Sr. Monterde Ferrer, Rec. 688/12 STS 1321/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1321.

por *culpa presunta*, la justificación se puede encontrar en el principio de "normalidad", y también puede fundarse en la "facilidad probatoria", pero dado que la contraprueba que puede ofrecer el presunto responsable no coincide exactamente con la mera prueba de su diligencia, parece que nos adentramos en la responsabilidad *objetiva*. De ahí que suela decirse que la jurisprudencia civil ha dotado de tintes objetivos a la responsabilidad del empresario (art. 1903.4 CC) cuando, acreditadas por éste considerables medidas preventivas, le dice que la mera producción del siniestro demuestra que no se agotó la diligencia y que las medidas adoptadas no fueron suficientes apara precaver el daño.

3. Responsabilidad *vicaria.* La expresión de origen anglosajón alude a que se responde de los hechos ajenos como si fueran propios, como si hubieran sido ejecutados en nuestro nombre. Es una responsabilidad que no admite excusa, y, por tanto, *objetiva*. En la responsabilidad objetiva, hay un fundamento multiforme, una distinta perspectiva del hecho dañoso. El análisis propio de la responsabilidad *subjetiva* es *microscópico* y consiste en aislar el hecho dañoso para examinar si, en ese caso y concretas circunstancias, el responsable pudo prevenir los daños y hacer algo para evitarlos, si en relación al delito o falta cometidos ciertos sujetos han incurrido en algún error en la dirección, preparación o control del responsable penal.

Podemos resumir los criterios generales de la responsabilidad civil:

a) La sentencia debe determinación el daño.

b) La cuantía objeto de la condena exige razonamiento en los supuestos en que la motivación sea posible: no lo es o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas.

c) La responsabilidad civil incluye intereses del art. 576 LEC.

d) La responsabilidad civil incluye la indemnización de los perjuicios materiales (que han de estar probados) y los morales que no son susceptibles de prueba, cuando su existencia se infiera inequívocamente de los hechos.

e) El *quantum* de la indemnización no es susceptible de revisión en casación pero si las bases sobre las que se asientan.

f) La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal.

g) Las obligaciones civiles *ex delicto* nace de los hechos que configuran el ilícito penal.

Contenido de la responsabilidad civil (restitución, reparación e indemnización)

La responsabilidad civil que nace del hecho constitutivo de delito o falta comprende la restitución, la reparación y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP):

1. La restitución es la forma prioritaria, que comprende la devolución del bien y el resarcimiento de los daños o menoscabos de la cosa, en cuyo concepto pueden entenderse incluidos los frutos y mejoras que hubiera experimentado el bien, todo ello con el límite art 111.2 CP cuando el bien objeto de restitución sea irreivindicable por estar en poder de un tercero que lo haya adquirido en la forma y con los requisitos de las leyes civiles.

2. La reparación puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, según sea la naturaleza del daño y las condiciones personales y patrimoniales del culpable (art. 112 CP). En este sentido, no debe confundirse el sentido del término "reparación" que se emplea en el art. 112 con el sentido y alcance que se utiliza en la formulación de la atenuante analógica del art. 21.5ª del CP. La reparación, como obligación de hacer es preferente a la indemnización salvo que exista una notable desproporción entre el importe y el valor de los bienes dañados que tenían en el mercado en el momento de producirse el daño (valor venal) a fin de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto. En cualquier caso, la reparación comprende tanto la reposición de los daños causados para devolver las cosas a su estado anterior, como determinadas indemnizaciones de otros perjuicios causados por el daño.

3. La indemnización de daños y perjuicios comprende tanto los materiales como morales causados al perjudicado y agraviado, sus familiares o a terceros. La indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante que se debe declarar y cuantificar en la Sentencia.

*** * * * * ***

Rocío Gutiérrez Gallardo

Abogada del Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB). Máster en Derecho Penal (ICAB). Socia de la FICP.

~El decomiso tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo~

Resumen.- La preocupación por la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado ha ido aumentando en los últimos años entre los países desarrollados. Especial interés suscita la regulación de las ganancias y beneficios que los autores obtienen de su actuar delictivo, para ello, se crea la figura del comiso o decomiso, ambas expresiones son correctas.

En España, el legislador aprovechó la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo para transformar sustancialmente, entre otras, la regulación del comiso y así adaptarla a las directrices de la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

En la presente comunicación, analizaremos de forma crítica los nuevos aspectos de la regulación del decomiso básico, así como las que afectan al decomiso ampliado, el decomiso de bienes de terceros o el acordado sin sentencia condenatoria.

Palabras clave.- Consecuencias accesorias, decomiso ampliado, decomiso de bienes de terceros, decomiso sin sentencia condenatoria, efectos, instrumentos, ganancias.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal regula la figura del decomiso en sus arts. 127 y 128 y consiste en la privación definitiva de los productos e instrumentos del delito, siempre que estemos ante un delito doloso o, de forma potestativa, si os hallamos ante un delito imprudente sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

Como consecuencia de la cambiante política criminal, la figura del decomiso y su regulación ha evolucionado desde que fuera creada con el Código Penal de 1973 como una pena accesoria, hasta la actualidad, en la que se le ha otorgado naturaleza de consecuencia accesoria de la pena o del delito, como explicaremos que sucede en el caso del comiso acordado sin condena.

II. REGULACIÓN DEL DECOMISO

Las sucesivas reformas que esta institución ha sufrido, algunas motivadas por la necesidad de adaptar su regulación a las exigencias europeas, han supuesto que nos encontremos con una normativa reguladora del decomiso complicada y dispersa. Y así, a nivel internacional, el decomiso se encuentra regulado en un triple ámbito: ONU; Consejo de Europa y Unión Europea, destacando las Decisiones Marco del Consejo 2003/577 y 2006/783, en lo que a cooperación internacional penal se refiere y la importantísima Directiva 2014/42UE cuya transposición al ordenamiento jurídico

español supuso las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal operadas en el año 2015 y que permiten el reconocimiento mutuo entre los países miembros de la UE de las resoluciones de decomiso preventivo y definitivo, así como la uniformidad de la legislación a nivel europeo, en lo que a sus requisitos mínimos se refiere.

A nivel nacional, conviene diferenciar entre normativa sustantiva y normativa procesal.

En el ámbito sustantivo, el decomiso viene regulado en el Título VI, Libro I del Código Penal, arts. 127-1278, bajo la rúbrica "Consecuencias accesorias", aunque también existen referencias concretas a lo largo de todo el articulado al regular la penalidad de ciertas figuras delictivas tales como el blanqueo de capitales (art. 301.5); delitos contra la ordenación del territorio (art. 319.3), delitos contra la salud pública (arts. 362 sexies y 374) o el decomiso de vehículo en los delitos contra la Seguridad Vial (art. 385 bis), entre otros. Además, el decomiso se encuentra regulado en los artículos 5 a 9 de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

En el ámbito procesal, el decomiso se encuentra regulado en la LECrim (art. 803 ter-a a 803 ter-u) y en los Títulos VII y VIII de la Ley 23/2014, de reconocimiento de resoluciones penales en la UE, como veremos.

III. EL DECOMISO BÁSICO

Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, el decomiso básico regulado en el artículo 127 CP y que supone la privación de los bienes, medios e instrumentos utilizados para preparar o cometer el delito y de los efectos y ganancias que de él provienen, ha sufrido modificaciones y así, se ha suprimido el último inciso del apartado 1, que contemplaba una excepción relativa al decomiso de los bienes legalmente adquiridos por terceros de buena fe. Con la actual regulación, será posible el comiso de esos bienes si el tercero los adquirió a pesar de que tuvo motivos para sospechar su ilegal origen (artículo 127 quater CP). Asimismo[1], se elimina el párrafo segundo, que preveía el decomiso ampliado para la delincuencia organizada y terrorista, y se crean los artículos 127 bis y 127 quinquies CP, que regulan esa fórmula

[1] DÍAZ CABIALE, J.A. El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2016, núm. 18-10, pp. 1-70 − ISSN 1695-0194.

para un catálogo mucho más amplio de delitos. Se reforma el apartado 3, donde se dispone el decomiso de un valor equivalente, no sólo a los bienes del delito, cuando no puedan ser recuperados, sino también respecto a las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. Se omite, en cambio, la exigencia de que los bienes decomisados con carácter sustitutivo pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.[2] Finalmente, desaparecen los apartados 4 y 5, al ser reemplazados por los artículos 127 ter y 127 octies CP, respectivamente. Ahora bien, en los artículos 127 a 128 CP se sigue hablando de los efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito[3]. Por lo tanto, no se ha salvado la duplicidad denunciada en la doctrina entre los bienes, medios e instrumentos utilizados en la preparación y ejecución del mismo. De hecho, en la nueva regulación la terminología empleada induce todavía más a confusión. En ocasiones se utilizan todos los términos de modo independiente, aludiendo a los bienes como sinónimo de medios o instrumentos (art. 127.1 CP), mientras en otras se usa la palabra bienes con un significado genérico comprensivo de todos los demás (art.127.3 CP), o abarcando los medios e instrumentos (art. 127 quater CP). También se prevé el decomiso de los bienes, efectos y ganancias que provienen de una actividad delictiva, de manera que los bienes no son los empleados sino los obtenidos del delito (art. 127 bis, apartado 1 CP, donde además en el segundo inciso se omite la mención a las ganancias; también en el art. 127 quinquies, apartado 1 CP, con la misma laguna; y en el art. 127 sexies CP con mención sólo a los bienes adquiridos). En cambio, el artículo 127 octies CP no alude a los efectos. Por otra parte, al conservarse el contenido del artículo 127.1 CP, donde sólo se nombran los bienes con que se haya preparado o ejecutado el delito, junto a las nuevas disposiciones redactadas conforme a la Directiva 2014/42/UE, que abarca todos los bienes derivados del delito se producen notables desajustes. Tradicionalmente[4] la doctrina mayoritaria entendía por efectos los bienes producidos o derivados de la infracción, excluyendo el objeto del delito.

No obstante, en algunas resoluciones el Tribunal Supremo había mantenido una concepción más amplia, comprendiendo en los efectos el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.). Pues bien, a tenor de la citada Directiva el producto

[2] AGUADO CORREA, T., Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2013, núm. 15-05, pp. 10 a 15. http://criminet.ugr.es/recpc

[3] BLANCO CORDERO, I., Comiso ampliado y presunción de inocencia, en Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración, VV.AA., Puente Alba, L. M. (dir.), Granada, 2008, pp. 69 y ss.

[4] DÍAZ CABIALE, J.A. El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2016, núm. 18-10, pp. 1-70

comprende toda ventaja económica, incluyendo el objeto del delito, con lo que se zanja la vieja cuestión de si debía reputarse un efecto o ganancia.

IV. EL DECOMISO AMPLIADO

Si en el decomiso básico regulado en el art. 127.1 CP, se habla de bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado un delito doloso, en el decomiso ampliado (art. 127.bis CP) se establece que los tribunales también ordenarán el comiso de los bienes, efectos y ganancias provenientes de actividades delictivas del condenado, distintas al concreto delito sancionado. Luego, será preciso diferenciar si estamos ante bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el ilícito, o ante bienes, medios o instrumentos provenientes de actividades delictivas del condenado.

El art. 5 de la Directiva 2014/42/UE, referente al decomiso ampliado, obliga a los Estados miembros de la UE a adoptar las medidas necesarias para proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes al condenado por delito que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ganancia económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto…, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas.[5] Luego, parece referirse a los bienes producto del delito. De igual forma, el artículo 127 bis CP se enfoca más a esos bienes que a los instrumentos manejados. Así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, al establecer que, a través del decomiso ampliado, y en el caso de condenas por delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos, como ocurre con el tráfico de drogas, terrorismo o blanqueo de capitales, los jueces y tribunales podrán ordenar el decomiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas. No obstante, dado que el artículo 127 bis CP habla de "bienes, efectos y ganancias", cabe entender que el decomiso ampliado abarca los instrumentos utilizados en delitos precedentes, al igual que preveía el anterior artículo 127.1 CP, puesto que lo contrario supondría dejarlos en manos del condenado, aunque exista el riesgo de que sean usados para nuevas infracciones.

La Directiva 2014/42/UE estima procedente el decomiso ampliado "cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto que el bien de que se trata procede de actividades

[5] ROIG TORRES, M. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016). p.249 y ss.

delictivas"[6]. El artículo 127 bis CP no introduce una presunción basada en las circunstancias, como la norma europea, sino que recoge la exigencia de una prueba indiciaria[7], que ha admitido el Tribunal Constitucional para el comiso y aporta un catálogo abierto de indicios, que no impide la apreciación de otros. El TC ha limitado[8] el derecho a la presunción de inocencia a la declaración de culpabilidad, vinculando las consecuencias a la garantía de la tutela judicial efectiva. Esto explica[9] que el Tribunal Supremo haya mantenido, respecto a la prueba indiciaria de la procedencia ilícita de las ganancias anteriores al hecho sancionado, que esta probanza "no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado)". Prueba indiciaria que podrá consistir, sigue diciendo, en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc.[10]. En consecuencia, la previsión expresa de la prueba indiciaria como base para afirmar la raíz delictiva de los bienes y el consiguiente decomiso es conforme con esta doctrina.

El art. 127 bis 4 CP contiene una previsión que no contempla la Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea y que en nuestra doctrina ha sido interpretada como una cautela para evitar tachas de inconstitucionalidad por vulneración de los principios *non bis in ídem* y proporcionalidad[11]; "si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el

[6] AGUADO CORREA, T. La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino, en Revista General de Derecho Europeo, nº 35, 2015, p.31 (www.iustel.com)

[7] JAÉN VALLEJO, M.: Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 128 y ss.

[8] ROIG TORRES, M. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016). p.249 y ss.

[9] ROIG TORRES, M. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016). ISSN 1137-7550: 199-279, p. 248 y ss.

[10] STS 228/2013, de 22 de marzo (F.J.18).

[11] AGUADO CORREA, T.: Comiso: crónica de una reforma anunciada, InDret, 1, 2014, p. 36.

decomiso en el nuevo procedimiento". Sin embargo, si entendemos como el legislador que el decomiso ampliado no es una sanción sino una medida puramente patrimonial, no será la prohibición de doble sanción la que entre en liza si se confiscan ventajas patrimoniales que ya fueron objeto de un proceso anterior[12]. Su fundamento reside más bien en la posible inexistencia o en la disminución de la riqueza ilegalmente adquirida debido al primer decomiso y la carencia total o parcial de justificación del segundo. Hay que pensar que esta disposición no se refiere a los bienes y ganancias del delito condenado sino a los de conductas ilícitas pasadas, y que en caso de no poderse recobrar el objeto o de haber sufrido un detrimento se impone una suma económica, con lo que es posible que ya se acordara ese decomiso directo o de un valor equivalente en otro proceso.

El artículo 127 quinquies CP también se refiere al decomiso ampliado al disponer que jueces y tribunales podrán acordar el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, ciertos requisitos[13] pero, a diferencia del art. 127 bis CP, este precepto otorga potestad al tribunal para aplicar o no el decomiso al incluir el término "podrá". La aplicación del decomiso ampliado que regula el art. 127 quinquies CP exige, entre otros requisitos, que la actividad delictiva se haya realizado en el contexto de una actividad delictiva continuada, concretando el apartado 2º qué debe entenderse por "actividad delictiva continuada" y que el beneficio obtenido por el condenado con su actividad delictiva supere la cantidad de 6.000 €, según prueba indiciaria. A estos efectos, se incluyen como indicios relevantes los mismos que se citan en el artículo 127 bis CP, por lo que debemos entender que esos indicios deben ser valorados tomando en consideración el

[12] ROIG TORRES, M. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016) p.251 y ss

[13] a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis 1 del CP.

b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.

c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. Son indicios relevantes:

1º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida. Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros".

patrimonio total del condenado y no solo el importe de los concretos elementos decomisados.

De conformidad con el art. 127 sexies CP, se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado durante los 6 años anteriores a la apertura del procedimiento penal de que se trate, proceden de su actividad delictiva, fueron adquiridos libres de cargas y que todos los gastos realizados fueron pagados con fondos derivados de su actividad delictiva, lo que facultará a los tribunales a acordar su decomiso, a no ser que , como establece el último párrafo, con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, y estando a las circunstancias concretas de cada caso, la aplicación de las anteriores presunciones se revelen incorrectas y desproporcionadas.

V. EL DECOMISO DE BIENES DE TERCEROS

El nuevo artículo 127 quater del Código Penal, faculta al juez para acordar el comiso de los bienes, ganancias y efectos provenientes de la actividad delictiva del acusado (o su valor equivalente) transferidos a terceros ajenos, siempre que el tercero adquirente lo hiciera con conocimiento de su procedencia ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar de esa procedencia ilícita. En el caso de que estemos ante otros bienes, también será posible el decomiso si el tercero los adquirió a sabiendas de que con ello se dificultaba su comiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar que con ello se dificultaba su comiso.

Salvo prueba en contra, presume el art. 127 quarter-2º CP, que el tercero adquirente era conocedor de la procedencia ilícita de los bienes adquiridos o de que con su adquisición se dificultaba el decomiso de los mismos, cuando le hubiesen sido transferidos de forma gratuita o por un precio inferior al real de mercado. Desde luego, si el tercero al adquirir el bien no era consciente de su procedencia ilícita y ha pagado el precio debido, disponiendo después de él al desconocer esa circunstancia, parece desmedido imponerle el pago de una cuantía equivalente[14].

Para los terceros indicados en este artículo la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé una normativa específica, en el Libro IV, Título III ter, Capítulo I («De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso»), compuesto por los artículos 803 ter a hasta 803 ter d, donde se regula la

[14] AGUADO CORREA,T.: Comiso: crónica de una reforma anunciada, InDret, 1, 2014, p. 47.

citación e intervención en el juicio de las posibles personas que puedan resultar afectadas por el decomiso[15].

VI. EL DECOMISO ACORDADO SIN CONDENA

El anterior art. 127.4 CP limitaba los supuestos en los que el juez o tribunal podía acordar el decomiso sin haberse dictado sentencia a casos de exención o de extinción de la responsabilidad penal. Tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, a estos dos supuestos se añaden, de conformidad con el artículo 127 ter CP, otros dos, siempre que quede acreditada en un proceso contradictorio la situación patrimonial ilícita:

a) Fallecimiento del acusado o padecimiento de enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista riesgo de prescripción de los hechos.

b) Rebeldía del acusado que impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable.

AGUADO CORREA entiende, opinión que comparto, que debe excluirse el decomiso ampliado en el supuesto de exención o extinción de responsabilidad penal atendiendo a los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad, puesto que se requiere la condena por alguno de los delitos especificados y de omitirse esta resolución, se vulnerarían derechos fundamentales y constitucionales[16].

Antes de la reforma el decomiso sin condena ya estaba regulado en el artículo 127.4 CP, a continuación del ampliado y ahora se mantiene esta ubicación posterior y se hace referencia explícita a los artículos anteriores, con lo que hay que concluir que el legislador ha querido abarcar la modalidad prevista en el artículo 127 bis CP[17]. De todas formas, ha de existir acusación o imputación por uno de los delitos especificados y ha de estar acreditada la situación patrimonial ilícita[18].

Además, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Libro IV, Título III ter, Capítulo II regula el «Procedimiento de decomiso autónomo». Será objeto del mismo la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un

[15] ROIG TORRES, M. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016). ISSN 1137-7550: 199-279, p. 265 y ss.

[16] AGUADO CORREA, T. Comiso: crónica de una reforma anunciada, InDret, 1, 2014, p. 22.

[17] HAVA GARCÍA, E.: La nueva regulación del decomiso, en: Comentario a la reforma penal de 2015. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2015. p. 220.

[18] FARALDO CABANA, P.: El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 2, 1998, p. 256, (http://ruc.udc.es).

valor equivalente, cuando se pida como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio (art. 803 ter e, apartado 2 b). No obstante, el fiscal puede limitarse a pedir el decomiso de bienes reservando expresamente para el procedimiento autónomo su determinación (art. 803 ter e, apartado 2 a), por lo que también es posible realizarlo cuando el autor sí ha podido ser juzgado[19].

VII. ASEGURAMIENTO DEL DECOMISO:

El vigente Código Penal prevé medidas para poder hacer efectivo el decomiso en los apartados septies y octies del art. 127 CP y faculta al juez para acordar, mediante auto debidamente motivado, la confiscación de los bienes de los responsables criminales del hecho enjuiciado, incluso si el origen de esos bienes es lícito, *en caso de que la ejecución del decomiso no hubiera podido llevase a cabo en todo o en parte, por la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias, o por cualquier otra circunstancia, o si su valor es inferior al que tenían en el momento de su adquisición*. Los bienes que se confisquen deberán tener un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado. No obstante, ante situaciones de imposibilidad de ejecución del decomiso, deberá investigarse si esa imposibilidad ha sido buscada y pretendida por el propio acusado en cuyo caso podría enfrentarse a nuevas imputaciones por otras figuras delictivas tales como, por ejemplo, el alzamiento de bienes.

A diferencia de las disposiciones contenidas en los artículos 127.3 y 127 quater CP,[20] aquí la orden de decomiso recae sobre bienes, efectos o ganancias concretos y es en la fase de ejecución donde se comprueba la imposibilidad de aprehenderlos o una pérdida de su valor, capacitando al órgano judicial para requisar otros elementos patrimoniales que pueden ser plenamente legales. En el artículo 127 octies CP se prevé el embargo preventivo, remitiendo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos[21]. De esta forma, se generalizan unas medidas que estaban previstas en el artículo 374 CP para el blanqueo de capitales y el tráfico de drogas. En esta materia hay que estar a lo

[19] ROIG TORRES, M. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016). p. 261.

[20] ROIG TORRES, M. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI (2016). p. 266.

[21] PUENTE ABA, L.M.: Comiso en materia de tráfico de drogas…, cit., p. 918.

dispuesto en los artículos 367 bis a 367 septies de la ley procesal, en los que destaca la función de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos creada por la Disposición adicional quinta (sic).

Asimismo, se dispone que los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente[22]. La nueva redacción responde a las reformas contempladas en la legislación procesal[23].

VIII. FINALIDAD DEL DECOMISO Y DESTINO DE LOS BIENES DECOMISADOS:

De conformidad con el art. 127 octies.3 CP, los bienes, instrumentos y ganancias decomisados, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones para las víctimas, serán adjudicados al Estado. Por el contrario, el art. 126 CP establece el orden de prelación que se aplicará a los pagos que efectúe el penado o el responsable civil subsidiario, anteponiendo la reparación del daño causado y la indemnización a las víctimas, que el pago a la Administración de los gastos que se hubieran hecho en la causa a su cuenta. Por tanto, llegados a este punto debemos preguntarnos, cuál es el destino concreto que debe darse a los benes decomisados, ¿qué indemnización es prioritaria, la de las víctimas o la del Estado?. La solución la encontramos en el art. 367.quinquies LECrim que antepone, en ese aparente régimen especial, los pagos de la responsabilidad civil (entre las que se incluyen las indemnizaciones a las víctimas). [24]Parece además natural que el Estado priorice el pago de las indemnizaciones a víctimas y perjudicados, entre otras cosas porque así lo impone la Directiva 2012/29UE que regula los derechos, el apoyo y la protección de la víctima y que en España se recoge de forma genérica e implícita dentro de los arts. 5.1.c) (derecho a la información sobre el procedimiento para lograr la indemnización) 11.b) (derecho a ejercer la acción civil) L 4/2015, Estatuto de la víctima.

[22] AGUADO CORREA, T.: Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?, en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXIII, 2013, p. 309.

[23] CAMPOS NAVAS, D.: Comiso y medidas cautelares. Regulación vigente y reformas en tramitación, en Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, nº 29, 2013, pp. 21 y ss.

[24] DÍAZ CABIALE, J.A. El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2016, núm. 18-10, p. 34.

Interpretación avalada por lo dispuesto, a sensu contrario, en el art. 374.2ª CP al regular la especialidad en el caso de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas los productos e instrumentos: *"(…) no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado*".

De la regla anterior solo se excepcionan[25] los supuestos especialmente previstos por el legislador en los que se entiende que motivos de política criminal imponen un destino específico de los bienes decomisados para combatir cierto tipo de delincuencia: 1) en el caso de la ORGA, supra; 2) como también acontece con el Fondo de bienes decomisados en el delito de droga, art. 374.2ª Cp, arts. 2 y 3 Ley 17/2003, Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, art. 5 Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando, y que ya se contemplaban indirectamente en el art. 5.5 de la Convención de la ONU 1988 (donde se explicita la necesidad de financiar los órganos que combaten esta clase de delincuencia).

Por todo ello, en mi opinión, debería reformarse el contenido del art. 127 octies.3 CP y sustituirse por una remisión expresa al art. 126 CP a los efectos de mayor claridad en cuanto al destino de los bienes decomisados.

IX. CONCLUSIONES

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo ha ampliado notablemente el ámbito de aplicación del decomiso y así, por ejemplo, el decomiso ampliado se extiende en la actualidad a un amplio abanico de delitos clasificado en dieciocho categorías diferentes.

Asimismo, se amplían los supuestos de decomiso sin sentencia condenatoria, añadiéndose a los ya existentes en la regulación anterior, los supuestos de fallecimiento, enfermedad crónica y rebeldía del acusado, concretándose además que esta posibilidad cabrá tanto en el decomiso básico como en su modalidad ampliada.

También es acertada la novedad del decomiso de bienes transferidos a terceros conocedores o con motivos para sospechar de su origen ilícito, pues ello evitará la frustración de muchos decomisos.

[25] DÍAZ CABIALE, J.A. El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2016, núm. 18-10, p. 35.

En general, opino que la nueva regulación cumple con las directrices de la Directiva 2014/42/UE, sobre embargo y decomiso de los instrumentos y productos del delito, aunque veo desproporcionadas algunas medidas acordadas, como el hecho de poder acordar el decomiso sin la existencia de una sentencia condenatoria previa, lo que considero un ataque directo al principio de culpabilidad que rige en nuestro ordenamiento.

* * * * * *

Carmen Lapuerta Irigoyen

Licenciada en Derecho y Criminóloga. Socia de la FICP.

~El delito de maltrato animal~

Resumen.- El maltrato animal es una de las peores y más rechazables expresiones de hasta dónde puede llegar la maldad humana, numerosos estudios han demostrado que las personas capaces de cometer actos de crueldad hacia los animales, son capaces también de dirigir la violencia contra los seres humanos, en particular hacia los más vulnerables, incapaces de defenderse y más sumisos.

La gravedad y perversidad de la conducta viene configurada por ataques despiadados que precisan de una actuación en primer lugar preventiva que conciencie a la ciudadanía sobre el respeto a los animales, después punitiva y finalmente reeducadora, los programas de intervención previstos en el vigente art 83.1.6ª del CP, en el marco de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

I. INTRODUCCIÓN

El uso de diversos animales con fines terapéuticos en distintos tipos de instituciones reporta beneficios físicos, psicológicos y sociales en su interacción con los seres humanos, que permite mantener o mejorar la calidad de vida de las personas. La presencia de un animal generalmente centra y mantiene la atención de los pacientes, lo que permite lograr mejor rendimiento en el trabajo sobre la propia atención u otras áreas, y lo mismo ocurre con la concentración. El animal supone una inagotable fuente de estimulación multisensorial en su interacción con los seres humanos (su movimiento, su contacto físico, los ruidos que hacen, entre otros) pero, es una triste realidad, y es que pueden ser los receptores de la crueldad humana en la forma más significante de agredir o de mostrar un comportamiento antisocial y de violencia tanto a nivel infanto-juvenil, como en la persona adulta.

OVIDIO ya nos advirtió hace dos mil años de que "*la crueldad hacia los animales enseña la crueldad hacia los humanos",* sin embargo, parece que el tiempo haya pasado en vano. Las noticias nos informan cada vez más de animales quemados, cegados, ahorcados, enterrados vivos, mutilados o incluso pintados por diversión o como reacción al aburrimiento. Estas torturas esconden algo más profundo: el deseo, a veces la necesidad, de sujetos psicológica y socialmente débiles de mostrarse grandes, fuertes y valientes. Se trata a menudo de personas que comprenden sus límites sociales, intelectuales o culturales. En la persecución de la criatura más débil, sin embargo, por un momento se sienten más potentes, o mejor dicho, menos impotentes. Identificar a alguien más vulnerable y frágil es una manera fácil para no sentirse los últimos de la cadena.

Numerosos estudios han demostrado que las personas capaces de cometer actos de crueldad hacia los animales, son capaces también de dirigir la violencia contra los seres humanos, en particular hacia los más vulnerables, incapaces de defenderse y más sumisos.

Los científicos GLEYZER, FELTHOUS y HOLZER hallaron en 2002, durante sus investigaciones, establecieron una relación entre el trastorno anti-social de la personalidad y el hecho de tener antecedentes de crueldad hacia los animales. Por ello recomendaron a los psicólogos clínicos la consideración del estudio de la frecuencia, motivaciones, tipos de animales maltratados y naturaleza del maltrato. Sujetos con antecedentes de maltrato animal son cinco veces más propensos a cometer violencia intrafamiliar. Por otra parte, según algunos estudios recientes, el 36% de los asesinos en serie vivió episodios de crueldad hacia los animales durante la infancia. Un porcentaje que llega al 46% durante la adolescencia.

En países como EEUU, el interés por este tipo de actos es creciente. No sólo por la mayor sensibilización hacia los animales sino por las evidencias cada vez más numerosas de la relación entre los actos de crueldad con los animales y otros crímenes que van desde el consumo de drogas hasta los asesinatos en serie.

En la década de los 80, ALAN FELTHOUS, experto en Psiquiatría Forense, llevó a cabo varias investigaciones que mostraban de forma consistente cómo detrás de las agresiones a personas había, en muchas ocasiones, una historia de abuso a animales**.** Sus trabajos, realizados con hombres especialmente violentos internados en las cárceles de EEUU, así lo confirmaron.

Después de eso, otros han analizado la cuestión. En 2002, la revista "Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law" hacía público un estudio en el cual se asociaban los actos repetidos de crueldad con los animales en la infancia con el desarrollo de un trastorno de personalidad antisocial**,** la presencia de rasgos antisociales y el abuso de sustancias.

> "Aproximadamente, la mitad de los individuos asociales incurre en conductas sádicas y si lo hacen antes de los 10 años el pronóstico es peor; que el menor pase de un acto aislado de violencia contra un animal a cometer otros crímenes "es una escalada", "Si repites el acto y va aumentado el tamaño del animal; si se disfruta… Las posibilidades son mayores"[1].

[1] BARBIERI, A. periódico "La Vanguardia" 29.04.2010:

FRANK ASCIONE, del departamento de Psicología de la Universidad de Utah (EEUU) y reconocido experto, escribía en el Boletín de de Justicia Juvenil en 2001: "El abuso de animales y la violencia interpersonal comparten características: ambos tipos de víctimas son criaturas vivas, tienen capacidad para experimentar dolor y podrían morir a consecuencia de las lesiones infligidas".

La sensibilización en España ante esta problemática es baja. "Estamos a la cola, **e**l maltrato a los animales es espeluznante y pocas veces se hace nada", "cuando se detectan casos de menores que maltratan a animales, hay que tener cuidado porque puede haber un trastorno de conducta**.** No se puede pasar por alto, es una oportunidad para intervenir, acudir al psiquiatra en casos de crueldad con los animales porque al principio estas personas pueden tener fácil remedio. La falta de control de los impulsos, la empatía, el manejo de la ira... son cosas que se pueden tratar si se cogen a tiempo", añade la Dra QUEROL. Uno de los objetivos de esta experta es instaurar en España, como ya existen en otros países, programas de intervención para trabajar con estas personas ya que "es muy importante cambiar los valores y no se hace de forma sistemática"[2].

Diversas investigaciones han puesto de manifiesto que educar a los menores transmitiendo valores positivos hacia los seres vivos del planeta, es un elemento de prevención de actos crueles contra los animales, facilitando el desarrollo de la empatía hacia los humanos. Estos programas educativos ayudan a desarrollar el sentido de la responsabilidad, de preocupación por los demás, además de colaborar en el desarrollo de la autoestima, la socialización y cooperación. Las implicaciones que esto tiene a escala global son claras: si se tuviera en cuenta la crueldad hacia los animales como una forma más significante de agredir o de muestra de comportamiento antisocial, se avanzaría en la comprensión y prevención de la violencia infanto-juvenil y adulta[3].

II. LA PROTECCIÓN PENAL TRAS LA L.O. 1/2015. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES.

Sin duda uno de los mayores avances en la protección penal de los animales en nuestro país ha venido de la mano de la reforma del Código Penal operada por la Ley

http://www.lavanguardia.com/natural/20160429/401449053985/perfil-psicologico-maltratador.html

[2] QUEROL I VIÑAS, N., médico de familia del Hospital Universitario Mútua de Terrassa, criminóloga y miembro de la Asociación Americana de Criminología, en periódico "El Mundo" 03.07.2010.

[3] DE MARTOS C., periódico "El Mundo" 03.07.2010 http://www.elmundo.es/elmundosalud/2010/07/02/neurociencia/1278087370.html.

Orgánica 1/2015 en vigor desde el 1 de julio de 2015. Tal es así que la doctrina ya empieza a considerar el reconocimiento legal tácito de determinados derechos básicos de los animales no humanos frente a su maltrato[4].

1. Evolución legislativa

Hasta llegar al actual Art 337 del Código Penal (en adelante CP), el CP de 1995, recogía un precepto, el Art 632 como una mera falta, castigado con pena de multa.

La LO 15/2003 de 25 de Noviembre introdujo por primera vez, como delito, el maltrato animal en el Código Penal español. Dicha Reforma fue fruto de las presiones realizadas por determinadas asociaciones protectoras de animales que en febrero de 2002 y a través de la "Fundación Altarriba" de amigos de los animales, presentaron cerca de 600.000 firmas solicitando a las Cortes la tipificación del maltrato de animales como delito, como consecuencia de los terribles actos de violencia en la perrera de Tarragona en 2001 en donde 15 perros resultaron gravemente mutilados.

El Art. 337 fue nuevamente reformado por LO 5/2010, de 22 de Junio.

Finalmente, La LO 1/2015, de 30 de Marzo, (por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de Noviembre, del CP), modifica una vez más el Art 337 CP, cuyo análisis expondremos en éste artículo.

2. Principales novedades de la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo en materia de maltrato de animales

- Se amplían sustancialmente los animales objeto de protección penal y se introduce la "explotación sexual" del animal.
- El abandono de animales pasa a ser delito.
- Se incorporan agravantes específicas, totalmente novedosas, especialmente cuando los hechos se hubiesen ejecutado en presencia de un *menor de edad*.
- Cuando del maltrato se produce la muerte del animal la pena de prisión puede alcanzar hasta los 18 meses e inhabilitación de hasta cuatro años.
- Elevación de la cuantía de la pena de prisión y de inhabilitación (en un día su límite inferior) y del contenido de la pena de inhabilitación.

[4] VERCHER NOGUERA, A. Nuevas perspectivas sobre el bien jurídico protegido en los delitos ambientales. ¿Cabría hablar de derechos no humanos de los animales domésticos frente a su maltrato?, Diario La Ley núm. 8994/2017, editorial Wolters Kluwer.

- La inhabilitación especial para la tenencia de animales como pena principal en el delito de maltrato, y como pena menos grave en el delito de abandono (Vid. Arts. 33.3.f y 33.3.c, respectivamente).
- La suelta de animales peligrosos o dañinos queda finalmente reconducida a la infracción civil (Vid. Art. 37.16 de la LO 4/2015 de seguridad ciudadana).
- Se han incorporado modificaciones en los preceptos 33.3 f, 33.4.c), 39 b, 83.1.6ª CP.

3. La actual tipificación de los delitos de maltrato y abandono animal.

Tipo básico en el art. 337.1 del CP que dispone "será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión e inhabilitación especial de un año y un día a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual".

De este modo, ahora el tipo básico de maltrato animal, incluye dos conductas típicas: por un lado, la consistente en maltratar al animal injustificadamente, por acción u omisión, produciendo un menoscabo grave de la salud, la cual que se configura como delito de resultado; y por otro lado, constituyendo un gran avance, por primera vez en España se penaliza la explotación sexual[5] de los animales, es decir, la acción consistente en utilizar al animal con fines de explotación sexual, que se establece como un delito de mera actividad, pues no se exige el resultado y la mera acción consuma el delito.

Otra novedad reseñable es la incorporación *ex novo* de la pena consistente en la inhabilitación especial para tenencia de animales, la cual, lógicamente opera *pro futuro*, es decir, imposibilita que, una vez condenado alguien por maltrato a un animal determinado, cuya tenencia se le ha retirado por mor de la sentencia condenatoria, con posterioridad a la misma esa persona adquiera otros animales por el período temporal que se fije en la sentencia. Lamentablemente no se trata de una inhabilitación especial definitiva que impida que el maltratador de animales vuelva a tenerlos bajo su ámbito de dependencia sino que sólo se prohíbe adquirir animales por tiempo determinado.

[5] MENÉNDEZ DE LLANO, N., Los animales y la reforma del Código Civil, en Revista del Ilustre Colegio de los Procuradores de los Tribunales de Madrid, 6 ICPM, n.° 40, 1er trimestre/2017. http://www.icpm.es/docsBoletines/ICPM 40.pdf

Además de lo anterior, también se amplía la protección penal de los animales que ya no se extenderá sólo a los animales domésticos o amansados, sino también a los que habitualmente están domesticados, los que temporal o permanentemente vive bajo control humano y, de manera más genérica e inclusiva, a cualquier animal que no viva en estado salvaje[6] . Hay que tener en cuenta que la voz "animal" había venido siendo aplicada como un término jurídico indeterminado, produciendo en la práctica no pocos problemas interpretativos. Es, por ello, que resulta muy positivo que en esta reforma se haya fijado y ampliado este listado de animales penalmente protegidos, ya que con la anterior expresión genérica se producían disfuncionalidades a la hora de interpretar la extensión del *ius puniendi* a según qué animales. Así, por ejemplo, se daban no pocas sentencias absolutorias al interpretar erróneamente el término "doméstico" como sinónimo de "animal de compañía", exigiendo indebidamente la cohabitación con el animal para otorgarle tal carácter. Por ello, conviene advertir que esa convivencia de los animales domésticos con los humanos no implica la cohabitación, en el sentido estricto del término, sino que es un concepto más amplio que implica que el animal doméstico está habituado al contacto o relación con el humano[7]. Pudiendo afirmarse que la característica esencial y común a todos los animales enumerados en el listado que nos ofrece el art. 337.1, es que, con independencia del origen del animal (fauna, salvaje en cautividad, doméstico o de compañía), de manera directa o indirecta, ha de depender del humano para subsistir o encontrarse bajo su control o influencia.

Por otro lado, en el art. 337.2 se ofrece una listado *numerus clausus* de circunstancias agravantes del tipo básico. Cuando se dé alguna de ellas se impondrá la pena prevista en el 337.1 en su mitad superior (de 9 meses a 1 año de privación de libertad). Estas circunstancias son:

- Utilización de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida del animal.
- Ensañamiento.
- Pérdida o inutilidad en un sentido, órgano o miembro principal del animal.
- En presencia de un menor de edad

En el apartado tercero del art. 337 se configura un subtipo cualificado que operará

[6] Arts. 333 a 336 del CP referidos a la fauna o animales salvajes protegidos penalmente.
[7] Memoria de la FGEº año 2012.

cuando se dé el resultado de la muerte del animal. En él se establece una pena de 6 a 18 meses de privación de libertad e inhabilitación especial de 2 a 4 años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de los mismos.

Finalmente en el art. 337.4 se recoge el mismo contenido que tenía la falta de maltrato animal del art. 632 y se configura ahora como un subtipo atenuado de trato cruel, en base a que los hechos tengan lugar en supuestos menos lesivos para la salud del animal y que queden fuera de los apartados anteriores. La pena prevista ya no conlleva la privación de libertad sino la inhabilitación especial de 3 meses a 1 año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animal.

En el art. 337 bis se incorpora el delito de abandono de animales disponiendo que: *«El que abandone a un animal de los mencionados en el apartado 1 del artículo anterior en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses. Asimismo, el juez podrá imponer la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales».* Se configura así, por primera vez en España, como delito el abandono de un animal cuando con él se ponga en peligro su vida o su integridad, aunque se trata de un tipo atenuado, ya que no se prevé pena privativa de libertad sino pena multa de 1 a 6 meses, así como la pena de inhabilitación especial de 3 meses a 1 año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales[8].

4. Características del delito

El delito de maltrato animal es un delito común, cuyo sujeto activo puede ser cualquiera, (no es necesario que el autor sea el propietario o poseedor del animal), de resultado material (muerte o lesión que cause en el animal un grave menoscabo a la salud), en el que se admite la comisión por omisión: como grave falta de atención y cuidado, desnutrición, y absoluta falta de salud e higiene (véase ST nº 338/2014, de 28 de Octubre, del Juzgado de lo Penal nº 1 de Santander y Circular 7/2011 *de 16 de Noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Medio Ambiente y Urbanismo).*

[8] MENÉNDEZ DE LLANO, N., Evolución de la sanción penal por maltrato animal: el caso español. Diario La Ley núm. 9038, Sección Tribuna, 11.09.2017. Editorial Wolters Kluwer.

Es un delito de resultado lesivo: muerte o producción de lesiones físicas, (entendemos que también psíquicas, pese a la dificultad de su prueba) que menoscaben la salud del animal de forma grave.

Cabe el delito continuado (maltratar repetidamente al animal) y puede entrar en concurso con otros delitos: contra el patrimonio, hurto, robo (cuando el maltrato va seguido de la sustracción del animal) o daño.

Existe una amplia discusión doctrinal sobre el bien jurídico protegido, si bien entendemos que es la vida y la salud del animal, o dicho de otro modo, la integridad física y psíquica del animal. Es cierto, no obstante, que tras la Ley Orgánica 1/2015 se apunta otra conducta típica en el art. 337 que puede provocar alguna distorsión en la búsqueda del bien protegido localizado por la doctrina mayoritaria en la vida o la salud de los animales: el sometimiento a explotación sexual. Esta novedosa acción no requiere ningún resultado material (ni lesiones ni muerte del animal). En todo caso, esta explotación sexual ha de suponer, eso sí, un maltrato injustificado. Es perfectamente posible, sin embargo, que la explotación sexual no implique una lesión grave del animal (ni su muerte). Siendo así, ciertamente, de nuevo tenemos problemas en la localización de un bien jurídico protegido que hemos centrado en la vida o la salud de los animales[9].

5. Suspensión de la pena

Señalar que en caso de suspensión y sustitución de la pena de prisión cabe aplicar el art 83.1.6ª del CP "participar en programas…de protección de los animales…".

Debido al incremento de éstos delitos, la Audiencia de Alicante, ha puesto en marcha, hace unos días, un programa pionero en España de reeducación para condenados por maltratar animales y evitar la reincidencia en éstos delitos[10].

6. La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio y comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales

En todas las modalidades vistas se impone como pena principal y de obligada imposición la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. La duración de esta pena variará dependiendo de la modalidad de maltrato cometido. Fue la

[9] DELGADO GIL, A., Antecedentes y bien jurídico protegido en los delitos de maltrato animal. La Ley Penal núm. 123, Sección Estudios, Noviembre-Dciembre 2016, Editorial Wolters Kluwer.

[10] http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=47ef47ff698e5510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES

LO 15/2003, de 25 de noviembre, la que aludió por primera vez a esta pena, aunque sólo se mencionaba la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con animales.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, incluye por primera vez en su catálogo de penas la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, que es considerada una pena privativa de derecho en el art. 39 letra b) CP. Así, el art. 33 letra f) CP la considera pena menos grave cuando su duración oscile entre un año y un día y cinco años; y el art. 33.4 letra c) CP, la considera pena leve cuando su duración vaya de tres meses a un año.

Se ha afirmado que dada la finalidad preventiva especial de esta modalidad de inhabilitación, la misma es adecuada y se trata de una pena que ya se venía reclamando por parte de la doctrina. No obstante, la actividad para la que se va a inhabilitar al sujeto debe tener relación con animales vivos, puesto que debe tratarse de animales que puedan ser maltratados. No sería explicable otro fundamento a la pena citada que evitar que ese sujeto pueda continuar maltratando animales de uno u otro modo. Se trata de una pena que priva del derecho a tener animales vivos bajo el poder del inhabilitado, para de ese modo privarle de la posibilidad de ocuparse, cuidar o tener bajo su dominio cualquier clase de animales, propios o ajenos[11].

III. CONCLUSIONES

1. La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido diversas modificaciones en la regulación penal del maltrato animal. Con ello se ha pretendido dotar de una mayor protección a los animales. Ahora bien, no hemos de olvidar el carácter de *última ratio* del Derecho penal, lo que hace que pueda resultar dudosa, la paulatina aproximación a la regulación jurídico penal de la persona. Independientemente de que se considere o no adecuado el recurso al Derecho penal, no ha de olvidarse que el Derecho administrativo puede ser una herramienta incluso más eficaz que la que nos ofrece el Derecho penal[12].

2. La inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales, es una novedad

[11] DURÁN SECO, I., El maltrato y el abandono de los animales desde el punto de vista del derecho penal (LO1/2015, de 30 de marzo). La Ley Penal núm. 123. Noviembre-Diciembre 2016. Editorial Wolters Kluwer.

[12] Idem 11.

introducida por la LO 1/15 de 30 de marzo, en la línea de reforzar la protección de animales, lo que supone la privación del derecho a tener animales o profesión relacionada con ellos o su comercio. El art. 39 CP en su nueva redacción incorpora en el catálogo de penas restrictivas de derechos la inhabilitación especial para la tenencia de animales y el art. 33 CP se refiere a ella como pena menos grave, con una duración de un año y un día a 5 años y leve, con una duración de 3 meses a un año. Sin embargo, en los artículos sucesivos no se desarrolla el contenido de la misma. Interpretada esta pena en relación con la cláusula general del art. 45 CP, ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, y priva al penado de la facultad de ejercer el derecho afectado durante el tiempo de la condena. El alcance de esta nueva pena plantea importantes cuestiones. En sentido estricto, la inhabilitación priva del derecho a tener animales bajo poder del inhabilitado. Elimina la posibilidad de ejercitar todas las facultades inherentes a la posesión (tenerlo en su compañía, ocuparse de él, cuidarlo), pero no priva de la propiedad. El alcance de esta pena plantea curiosos problemas en el caso de animales que convivan en el domicilio familiar del condenado, aunque no sean propiedad y/o estén al cuidado de otro miembro de la familia, o en el supuesto de negocios familiares dedicados a la crianza de animales. Puede bastar con garantizar que quien realmente tiene bajo su dominio (cuida y se ocupa) el animal o animales son personas distintas al condenado, de lo que corresponde a este ofrecer tal garantía en el trámite de ejecución de sentencia.

3. Nunca antes nuestro texto penal había sancionado tan duramente este tipo de actos a los animales, no obstante lo cual, podemos contemplar en la actualidad en el art. 337 CP que será castigado a pena de prisión de tres meses y un día a un año al que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometiéndole a explotación sexual, a algunos de los animales que se citan en el precepto, no obstante lo cual al autor del hecho, el juez penal "podrá", - que no "deberá"- acordar la suspensión de la ejecución de la pena aunque incluyéndose en el art. 83 CP de forma específica la posibilidad de que el juez anude la medida de suspensión de la ejecución de la pena al seguimiento obligatorio de un programa de reeducación que evite a reincidencia en el maltrato a los animales. Pese a la previsión legal parece que son pocas Audiencia Provinciales las que han desarrollados los

conciertos suficientes para hacer efectivos dichos programas de intervención de prevención especial.

4. Por su singularidad, resulta relevante destacar que un equipo de letrados, ha presentado ante el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona una propuesta pionera consistente en la creación de un turno de oficio específico para la defensa y protección de los animales, dentro del turno penal. En la propuesta, atendiendo a las características de vulnerabilidad que presentan las víctimas, en este caso, los animales, e inspirándose en el espíritu que dio origen a otros turnos especiales, se detalla el mecanismo para la articulación de este nuevo servicio que pretende solventar el problema social que se plantea en la práctica, cuando particulares y asociaciones de defensa de los animales carecen de recursos para acceder a los profesionales necesarios y personarse como acusación particular o popular en los procedimientos judiciales, por lo que un alto porcentaje de denuncias que son archivadas. Se pretende así impulsar este proyecto hasta la efectiva creación del Turno especial de Defensa y Protección de los Animales en todos los Colegios de Abogados. Próximamente está prevista también su presentación ante el Consell de l'Advocacia Catalana (CICAC). Los juristas proponentes de la iniciativa, coinciden en señalar que es necesario garantizar un servicio prestado por letrados especialistas a través del Turno de Oficio y Asistencia Jurídica gratuita, a fin de que la protección que otorga el Código Penal a los animales sea realmente efectiva[13].

* * * * * *

[13] http://lawyerpress.com/ DIARIO LAWYERPRESS Los animales podrían tener asistencia jurídica gratuita a través de un turno de oficio especial. Publicado el jueves 3 mayo 2018, p. 2.

Diego Martín Fernández

Abogado, Toledo. Socio de la FICP.

~De la relevancia del dato y el requisito del perjuicio en el delito de revelación de secretos del artículo 197.2 del Código Penal español~

Resumen.- Dos cuestiones revisten capital trascendencia cuando nos encontramos ante presuntos supuestos de comisión de delitos de revelación de secretos, en su vertiente del artículo 197.2 del Código Penal; cuales sean la relevancia del dato objeto de conocimiento y, también, la necesidad, o no, de que se genere un perjuicio bien para el titular del dato o bien para un tercero.

En suma, efectuaremos una aproximación a dos elementos conductuales de suma transcendencia, ya que un detenido estudio de los mismos nos podrá llevar a determinar que determinadas actuaciones que, en principio, se pudiesen entender como constitutivas del delito de revelación de secretos, finalmente, y tras el estudio indicado, podremos constatar que resultan atípicas.

Palabras clave.- Secreto – acceso - dato – entidad – perjuicio – tercero – proporcionalidad

I. INTRODUCCIÓN

Se encuadra el artículo 197.2 del Código Penal, objeto de estudio en el presente, bajo el Título X del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, por lo que, tal y como sostiene MENDO ESTRELLA, podríamos sostener que los bienes jurídicos que se tutelan son la intimidad, derecho a propia imagen e inviolabilidad del domicilio; si bien, y centrados en el precepto objeto de estudio, se viene admitiendo que el bien jurídico protegido es la intimidad, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española[1].

Concretamente, por medio de dicho precepto, se sanciona la conducta consistente en que, aquel que no se encuentre autorizado:

> *"se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero."*

Y, así, se centrará el presente estudio en dos concretos elementos uno referente a la tipicidad, cual es el requisito del perjuicio para tercero o el propio titular de los datos y, otro, referente a la antijuridicidad, como es si el acceso a cualquier dato personal reservado es constitutivo de delito o, si, por el contrario, se requiere un plus añadido, en

[1] MENDO ESTRELLA, A. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: Acerca de su aplicación al sexting entre adultos, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Ed. Criminet, 2016, pp. 6 y 8.

cuanto a que se trate de un dato de determinada naturaleza. Todo ello, por medio del estudio de la doctrina y jurisprudencia.

Si bien, y antes de llegar a tales cuestiones, se habrá de realizar una aproximación al resto de elementos que configuran el delito antedicho, el cual resulta en la actualidad uno de los delitos que con mayor frecuencia acontecen y que requiere un detenido estudio de cara a no perder de vista el principio de proporcionalidad y que conductas han de ser las que resulten merecedoras de reproche penal y cuales habrán de quedar fuera de la órbita de tal punición para, en su caso, ser sancionadas en vía administrativa o, en su caso, requerir de una indemnización civil, sin que resulten constitutivas del ilícito objeto de estudio.

II. EL DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS DEL ARTÍCULO 197.2 DEL CÓDIGO PENAL. BREVE APROXIMACIÓN

Conforme se desprende del propio texto del precepto, éste sanciona el descubrimiento y la revelación de secretos cuando éstos se constituyen en datos que se encuentran en cualquier tipo de soporte, no necesariamente informático.

Se sanciona, así, la acción consistente en el apoderamiento, utilización, modificación, acceso o alteración de los datos, los cuales, tal y como sostiene la doctrina[2], han de ser reservados y de carácter personal y familiar, relativos a personas físicas identificadas o identificables fruto de tal actuar, encontrándose en ficheros o soportes, todo ello presidido por una conducta dolosa y que, además, pudiera, en su caso, constituir un perjuicio bien para el titular del dato bien para un tercero; si bien este extremo ha sido ampliamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia, hasta llegar a la conclusión actual que más adelante se indicará.

Todo ello, obviamente, sin la autorización del titular de los datos, que se erige como una causa de justificación incluida en el tipo, tal y como sostiene MANZANARES SAMANIEGO[3]. De tal forma que en la inmensa mayoría de los supuestos habremos de acudir, tal y como sostiene MANZANARES[4], a la legislación de protección de datos, en lo relativo autorizaciones, ficheros y tipología de datos; ya que cuando el acceso sea a

[2] WOLTERS KLUWER, Guías Jurídicas, Descubrimiento y revelación de Secretos, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, p. 5.

[3] MANZANARES SAMANIEGO, J.L. Comentarios al Código Penal, Ed. LA LEY, Madrid, 2016, p. 3.

[4] MANZANARES, M. El delito de descubrimiento y revelación de secretos, en Derecho y perspectiva, Madrid, 2017, p. 3.

determinados datos sensibles, constituirá un supuesto agravado, previsto en el artículo 197.4 del Código Penal.

Si bien, y tal y como se deduce de la propia lectura del artículo, éste adolece de una defectuosa tipificación, ya que incluye, hasta en dos ocasiones la utilización del daño en perjuicio de tercero, constituyendo tal manifestación, como indica HIGUERA GUIMERÁ[5], un lapsus calami que debiera ser corregido. Es más, tan evidente es la denunciada deficiente técnica legislativa, que ha supuesto una muy difícil tarea para los tribunales la interpretación del artículo[6].

Por tanto, y como conclusión a lo anterior, bien podríamos sostener que aquello que realmente protege el precepto es el habeas data, entendido como el derecho que tiene todo ciudadano a controlar la información de índole personal y familiar que del mismo se recoge en distintos ficheros, entendida como dimensión de la intimidad, a la que se ha hecho anteriormente mención, tal y como sostiene AMADEO GADEA[7]. Salvaguardándose, así, la intimidad personal y familiar, que habrá de quedar protegida respecto de ilegítimas intromisiones por parte de terceros[8].

Es más, tan evidente es el hecho relativo a que es la intimidad personal y familiar el bien objeto de protección que se requiere como requisito de perseguibilidad, con carácter personal, la propia denuncia del perjudicado o su representante legal, conforme al artículo 201.1 del Código Penal.

III. DE LOS DATOS QUE CONFIGURARÍAN EL TIPO

Así, y partiendo de lo anterior, habremos de manifestar que conforme tiene reiteradamente indicado la doctrina, la amplitud de la conducta típica del artículo 197.2 del Código Penal, en cuanto que incorpora el acceso por cualquier medio a los datos reservados de carácter personal o familiar registrados en archivos; hace que se deba imponer una reducción teleológica de la conducta típica. Todo ello, con la sabida

[5] HIGUERA GUIMERÁ, J.F. El descubrimiento y la revelación de secretos, en Actualidad Penal, Ed. LA LEY, Madrid, 2002, p. 10.

[6] Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, en: Alcácer Guirao, Rafael/Alonso Gallo, Jaime/otros, Memento práctico. Penal, Ed: Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 1035.

[7] Vid. AMADEO GADEA, Sergio (Coord.), Código Penal, Doctrina Jurisprudencial y Comentarios, Ed. Factum Libri, Madrid, 2015, p. 418.

[8] Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L./RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G./RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J./ COLINA OQUENDO, P., Código Penal, concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, Editorial La Ley, Madrid, 2015, p.1081.

finalidad de evitar que aquellas conductas que no resultan lesivas del tipo objetivo sean igualmente constitutivas de ilícito penal[9].

Criterio, el anteriormente indicado, que es aquel al que finalmente ha ido tendiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y, también, la de las Audiencias Provinciales.

Y, así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de julio de 2016, manifiesta que se ha de tener en cuenta, también, la liviandad de la antijuridicidad material puesta en íntima relación con el posible menoscabo del bien jurídico de la autodeterminación informativa, al que viene referido el artículo 18.4 de la Constitución Española; todo ello, teniendo en cuenta la gravedad de las penas que van asociadas al artículo 197.2 del Código Penal.[10]

Consecuentemente, y entendiendo la jurisprudencia que es la autodeterminación informativa a que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución Española el bien jurídico protegido por este delito[11]; resulta evidente que determinados datos, como domicilio, teléfono e, incluso trabajo, no son datos cuyo conocimiento fuese constitutivo de ilícito, aun cuando se encontrasen en un fichero o archivo. Por tanto, en tales casos, la nula afectación al bien jurídico protegido es una razón para concluir la falta de tipicidad de los hechos[12]

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 30 de diciembre de 2.009 (Recuso 1142/2009) pone de manifiesto que "en el sentido del tipo, el entendimiento más adecuado del carácter reservado de los datos es considerar que son tales los que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera. El delito lo comete el que accede a los

[9] Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, en: Alcácer Guirao, Rafael/Alonso Gallo, Jaime/otros, Memento práctico. Penal, 2016, p. 1035.

[10] STS de 4 de julio de 2016: ***"la gravedad de las penas asociadas al art. 197.2 del CP (LA LEY 3996/1995) son bien expresivas de la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el art. 18.1 de la CE (LA LEY 2500/1978) , sino la autodeterminación informativa a que se refiere el art. 18.4 del texto constitucional***. *Se trata de una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad"* (Negrita y subrayado es nuestro).

[11] Véase en tal sentido, STS de 27 de septiembre de 2017.

[12] Véase STS 586/2016.

datos o los utiliza "sin estar autorizado", evidencia que no son datos al alcance de cualquiera"[13].

En tal sentido, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2.007, recordó que aunque en el segundo apartado del artículo 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, sí es necesario que afecten a la intimidad personal. Indicando que hay que distinguir entre la irrelevancia objetiva del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar a que se refiere el art. 197.2 CP, que, desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos.

Así, es necesario distinguir entre:

- La irrelevancia "objetiva" del contenido y la importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, que, desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos,

- Y la necesaria equiparación que debe hacerse entre secretos y reservados a efectos de la intimidad familiar. Secreto será lo que no es conocido y no es susceptible de serlo por tercero.

Debiendo poner de manifiesto, en tal sentido, que lo indicado pone de manifiesto las importantes diferencias entre el presente supuesto y el que fue objeto de Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 11 de junio de 2004.

Por ello, resulta evidente e incuestionable la evolución jurisprudencial que al respecto del artículo 197.2 del Código Penal ha venido efectuando la Sala Segunda del

[13] STS de 30 de diciembre de 2009: "*el dato del médico de cabecera no es un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no transciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar, pues es un dato de conocimiento público, al menos potencial -y no inherente a la intimidad, dato administrativo al alcance de todos los empleados del Centro- y no se trata de un dato personal secreto como "ámbito propio y reservado" frente a la acción y conocimiento de los demás* (SSTC. 73/82 (LA LEY 7397-JF/0000),"

"Consecuentemente, la cuestión no reviste carácter penal, y en todo caso no quiere decir, que tal conducta no puede ser objeto de acción en el ámbito administrativo sancionador, que parece el cauce procesal idóneo para solucionar este tipo de conflictos, respetando el principio de mínima intervención inherente al Estado Social y Democrático del Derecho (art. 1.1 CE .) en el que la respuesta penal constituye la "ultima ratio" del Derecho (ATS. 11.2.2009)."

Tribunal Supremo, al sostener que serán constitutivas de delito aquellas conductas en que exista una grave ofensa o menoscabo para el bien jurídico, entendido como la autodeterminación informativa a que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución (y no entendida como intimidad del artículo 18.1 de la Constitución Española).

Y en tal sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 11 de diciembre de 2017 efectúa un estudio de las resoluciones del Tribunal Supremo que han conllevado condena, por entender que la conducta es intrínsecamente grave, puesto en relación con la antijuridicidad de la acción; observándose como, efectivamente, se requiere una determinada afectación al bien jurídico protegido[14].

Y, es que, sostener lo contrario, el que el acceso a cualquier dato que no sea conocido es constitutivo de delito supondría una quiebra del principio de proporcionalidad[15].

[14] STS de 11 de diciembre de 2017: *Son los casos, por ejemplo, del médico del Servicio Público de Salud que, aprovechando su cargo y el acceso a las bases de datos de historiales médicos, realizó numerosas consultas sin autorización ni justificación, con consciente incumplimiento del compromiso de confidencialidad que le incumbía, llegando a acceder en más de 200 ocasiones y durante el plazo de 2 años a las historias de salud e información de atención primaria de una enfermera, con la que había roto una relación amorosa, y las de sus familiares (STS 40/2016, 3 de febrero (LA LEY 1416/2016)) ; del policía autonómico que, valiéndose de su libre acceso a la base de datos policial, eludía las sanciones por sus multas de tráfico, identificando falsamente en los pliegos de descargo a terceras personas (cfr. STS 534/2015, 23 de septiembre (LA LEY 132215/2015)) ; el médico del INSALUD que, aprovechando tal condición, consultó el historial clínico de varios compañeros sin su consentimiento, obteniendo así información clínica especialmente protegida (cfr. STS 532/2015, 23 de septiembre (LA LEY 131066/2015)); el funcionario de la TGSS que, con la utilización de la clave asignada para otras funciones, facilitaba datos de trabajadores, empresas, vida laboral y certificados de situación de cotización a mutuas laborales y a terceras personas (STS 525/2014 , de 17 de junio (LA LEY 126285/2014)); el agente de la Guardia Civil que al amparo de su cargo accede al registro informático del Cuerpo y facilita datos reservados sobre varias personas, datos que luego son utilizados para chantajear a terceras personas (cfr. STS 1189/2010, 30 de diciembre (LA LEY 244462/2010)); los funcionarios del INEM que difunden a terceros datos de múltiples personas, extraídos de ficheros informáticos oficiales a los que accedían con su propio código o con el otros compañeros y mediante los que facilitaban el embargo de sus bienes (cfr. STS 725/2004, 11 de junio (LA LEY 1787/2004)); el colaborador temporal de la Asociación de Parapléjicos y Grandes Minusválidos Físicos que se apodera de datos con indicaciones expresas de la minusvalía y estado de salud de algunos de los miembros, así como datos relativos a sus domicilios, teléfonos y cuentas bancarias, con el fin de utilizar dichos datos en su propio beneficio, para actividades de contactos, sexo, o trabajos fraudulentos que ofrecía (cfr. STS 1532/2000, 9 de octubre (LA LEY 2665/2001)); o la información periodística que permitió por vía referencial identificar a enfermos de SIDA internados en un establecimiento penitenciario (STS 18 febrero 1999).”*

[15] Vid STS de 19 de mayo de 2015: “*“De los numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que se han referido al principio de proporcionalidad, retenemos el de la STC 136/1999 de 20 de Julio (LA LEY 9614/1999) --Mesa Nacional de HB-- del que se dice en el f.jdco. 22:*

"....Así ha venido reconociendo este Tribunal en numerosas sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza....", bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito.

IV. DEL REQUISITO DEL PERJUICIO PARA EL TITULAR O PARA TERCERO

Tal perjuicio no se debe confundir con el resto de elementos que configuran el tipo, ya que, conforme indica el Tribunal Supremo, no basta el mero obrar, sino que resulta necesario que la acción venga dotada de una orientación o intencionalidad de propósito de causar un daño con un determinado estándar de gravedad[16], tal y como, también sostiene RODRÍGUEZ RAMOS[17].

Esto es, se exige subjetivamente que la conducta se lleve a cabo en perjuicio de tercero, aunque no haya un ánimo específico de perjudicial[18]. Siendo suficiente, en tal caso, que la acción sea ejecutada con tal finalidad, sin que sea imprescindible que se dé la misma. Esto es, resulta suficiente con la tendencia, pero ésta ha de existir[19].

Constituye, pues, un elemento del injusto que no se debe confundir con el dolo típico, ya que éste requiere, además, la tendencia en el actuar a causar un perjuicio, tal y como sostiene GABRIELA MALLO[20].

Vemos, pues, como se requiere que ese citado perjuicio, del tercero o titular, presida la acción del autor, sin que tal elemento pueda confundirse con cualquiera otro de los elementos que configuran el tipo, como pueda ser el propio acceso al archivo.

Por tanto, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos; o que éste fuera ínsito, por su propia naturaleza, si se tratase de los datos a que se hace mención en el artículo 197.5, en cuyo caso se entiende que el mero acceso, por la calidad de éstos datos, conllevaría perjuicio para su titular; y que vienen referidos a vida sexual, ideología, salud, etcétera[21]. De tal forma que parece

---

A lo dicho, debe añadirse que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007), art. II-109 del Tratado VI, BOE de 21 de Mayo de 2005, reconoce expresamente el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas "....la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción....".

[16] Vid STS de 11 de diciembre de 2017.

[17] Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L./RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G./RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J./ COLINA OQUENDO, P., Código Penal, 2015, p.1085.

[18] Vid Sentencia del Tribunal Supremo 1084/2010.

[19] Vid. SSTS 525/2014 y 134/2014

[20] Vid. GABRIELA MALLO, P., Descubrimiento y Revelación de Secretos, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014, pp. 242 y ss.

[21] Vid STS de 11 de diciembre de 2017: "*"En cuanto al elemento objetivo del perjuicio ocasionado por la acción delictiva, la jurisprudencia viene entendiendo (ver STS 532/2015 (LA LEY 131066/2015)), al contemplar las SSTS 123/2009, de 3 de febrero (LA LEY 30357/2009) ; 1328/2009, de 30 de diciembre (LA LEY 273457/2009) y 990/2012, de 18 de octubre (LA LEY 192222/2012) , que sólo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización o modificación) y al último (alteración o utilización), menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no*

excluirse el dolo eventual como conducta que pudiese resultar punible por el presente precepto, habida cuenta la tendencia subjetiva que ha de presidir el obrar[22].

V. CONCLUSIONES

Fruto de cuanto ha sido expuesto, podremos concluir que:

1. Por medio del artículo 197.2 del Código Penal se protege lo que se ha venido a denominar *habeas data*¸ esto es, el derecho de todo individuo a poder controlar el uso que se efectúa de los datos de su titularidad que se encuentran en distintos archivos y que afectan a su intimidad. Sancionando conductas que van encaminadas a violentar tal derecho.

2. No obstante, sí podríamos manifestar que, para que exista conducta constitutiva de delito el dato en cuestión ha de ser uno que afecte en cierta medida a la intimidad de la persona, de tal forma que el acceso a datos que podrían entenderse como inocuos no es constitutivo de delito.

---

exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien, resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles -y con la misma pena- en el inciso segundo.

La STS 1328/2009, de 30 de diciembre (LA LEY 273457/2009) , distingue entre datos "sensibles" y los que no lo son, precisando que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el "perjuicio" exigido, mientras que en los datos "no sensibles", no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia.

En definitiva, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles. *Interpretación integradora, que acota el ámbito delictivo, de otro modo desmesurado y con sanciones graves para conductas en ocasiones inocuas, pero a su vez, supera la crítica de quienes entendían que al limitar la punición del mero acceso a los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos "sensibles", suponía una restricción excesiva, pues se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad ("núcleo duro de la privacidad"): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el actual art. 197.6, lo que conllevaría la práctica inaplicación del art. 197.2 CP (LA LEY 3996/1995) ; tal asimilación no la predicamos, pero cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado (SSTS 1328/2009, de 30-12 (LA LEY 273457/2009) ; 532/2015, de 23-9 (LA LEY 131066/2015) ; y 553/2015, de 6-10 (LA LEY 136682/2015)).*

Pues bien, tal como ya se anticipó, en el caso que ahora se juzga el Tribunal de instancia afirma que no consta acreditado el perjuicio de la querellante ni tampoco que el acusado actuara con ánimo de causárselo. Y desde luego ni en el factum de la sentencia recurrida ni en la motivación probatoria se hacen constar datos concretos sobre esos extremos.

….Y como no consta probado un perjuicio para la víctima, se complementa la sentencia con el argumento de que tampoco cabría inferir el dolo con respecto a un elemento objetivo que no concurre, ya entendamos el dolo como el específico de un elemento subjetivo del injusto o ya como el dolo en su modalidad básica."

[22] Vid. AYALA GÓMEZ, Ignacio (Coord.)/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.), Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 367.

3. Igualmente se requiere, en el precepto, que tal conducta se efectúe con una finalidad propia, el causar perjuicio bien a la persona respecto de la que se está vulnerando su *habeas data* o bien un tercero. De tal forma que solamente se deberían sancionar penalmente las conductas consistentes en el acceso cuando van presididas por ese ánimo, que excluye el dolo eventual. Eso sí, salvo en los supuestos de acceso a datos especialmente protegidos, en cuyo caso éste, por sí, ya integra perjuicio suficiente para constituir delito, encontrándose tipificada como una conducta expresamente agravada en distinto apartado de artículo 197 del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

AMADEO GADEA, S. (Coord.), Código Penal, Doctrina Jurisprudencial y Comentarios, Ed. Factum Libri, Madrid, 2015.

AYALA GÓMEZ, I. (Coord.)/ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coord.), Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

GABRIELA MALLO, P., Descubrimiento y Revelación de Secretos, Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014.

HIGUERA GUIMERÁ, J.F., El descubrimiento y la revelación de secretos, Actualidad Penal, Ed. LA LEY, Madrid, 2002.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Comentarios al Código Penal, Ed. LA LEY, Madrid, 2016.

MANZANARES, M., El delito de descubrimiento y revelación de secretos, Derecho y perspectiva, Madrid, 2017.

MENDO ESTRELLA, A., Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: Acerca de su aplicación al sexting entre adultos, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Ed. Criminet, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., en: Alcácer Gruiao, R./Alonso Gallo, J./otros, Memento práctico. Penal, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ RAMOS, L./RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G./RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J./COLINA OQUENDO, P., Código Penal, concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, Editorial La Ley, Madrid, 2015.

WOLTERS KLUWER, Guías Jurídicas, Descubrimiento y revelación de Secretos, Ed. Wolters Kluwer, Madrid.

STS de 11 de diciembre de 2017.

STS de 27 de septiembre de 2017.

STS de 4 de julio de 2016.

STS 586/2016.

STS de 19 de mayo de 2015.

STS 525/2014.

STS 134/2014.

STS 1084/2010.

STS de 30 de diciembre de 2009.

* * * * * *

M.ª Teresa Rivas Padilla

Abogada, Fiscal sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
Socia de la FICP.

~El visado colegial de los proyectos de edificación, construcción y urbanización. Significación penal~

Resumen.- El visado colegial es el resultado de la comprobación por parte del Colegio Profesional, de la identidad y habilitación de sus profesionales, de la corrección e integridad formal de la documentación técnica que integra el proyecto y del cumplimiento de las normas deontológicas. En relación a los proyectos de edificación, construcción o urbanización será el Colegio de Arquitectos el que realice tal verificación. En vista de su alcance concreto y determinado, el visado no puede ser considerado garantía de adecuación del proyecto a las normas urbanísticas vigentes, ni causa de exención de responsabilidad penal. A continuación, examinaremos la trascendencia penal propia del visado en relación a los delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo.

I. EL VISADO COLEGIAL. CONCEPTO:

El visado podemos definirlo, siguiendo el artículo 13 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, como la comprobación de ciertos aspectos de un trabajo profesional que realiza el Colegio correspondiente a su ámbito territorial, ya sea a petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto. A través de dicha comprobación el Colegio ejerce un control corporativo sobre la identidad y habilitación del profesional, la corrección e integridad formal de la documentación técnica integrante del trabajo y la observancia de determinadas normas colegiales[1].

II. CONTENIDO:

El TS declara que: *"El visado tiene por objeto comprobar la suficiencia y corrección formales de la documentación integrante del trabajo, en especial con respecto a las normas legales y colegiales sobre especificaciones técnicas obligatorias y requisitos de presentación sin entrar en el contenido propio de la documentación"* (STS de 27/09/2004, ROJ: STS 5943/2004, Nº de Recurso 1675/2003, Nº de Resolución 1043/2004. Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez. FD. 2º). De manera que, no comprende los aspectos técnicos del trabajo profesional. Es decir, *no contiene una valoración sobre su corrección desde el punto de vista de la lex artis o sobre su ajuste a las prescripciones técnicas de contenido sustantivo. Serán los propios profesionales*

[1] TRENZADO ASENSIO, M.J. Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación Urbanística. Tesis Doctoral dirigida por D. Carlos Mir Puig. Universitat Pompeu Fabra, 2012, p. 297.

quienes responden ante los clientes y ante la sociedad en general de la corrección técnica de sus proyectos o actuaciones, sin que los eventuales errores o defectos de esta naturaleza que contengan puedan ser objeto del visado colegial (STS. Sala Tercera. (Sección: 3ª, de 14/01/2013. Nº de Recurso: 420/2010. Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona. FD. 11º).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el visado comprenderá la supervisión de la autoría y habilitación profesional de quienes redactan el proyecto, del cumplimiento de los aspectos formales del la documentación que lo integra y de la observancia de las normas deontológicas de los profesionales. Sin que, en principio, contenga pronunciamiento alguno sobre si el proyecto reúne o no las exigencias técnicas urbanísticas exigidas por la Ley y el planeamiento. Ese extremo será objeto del informe técnico que constará unido al proyecto previo a la concesión de la oportuna licencia (SAP de Cantabria, de 24/06/2002, ROJ: SAP S 1336/2002, Nº de Recurso 5/2002, Nº de Resolución 15/2002. Ponente: Javier de La Hoz de La Escalera. FD. 7º).

Precisamente, es el objeto y contenido del visado, lo que nos lleva a afirmar que, su emisión no garantiza la adecuación del proyecto de edificación o construcción a la normativa técnica urbanística[2], ni eximiría, en su caso, de responsabilidad penal por la comisión de un delito contra la ordenación del territorio y el urbanismo (Art. 319 y 320 CP).

No obstante, el contenido esencialmente formal del visado, no impide al Colegio Profesional, que actuando en colaboración con la Administración Pública, pueda denegar el visado, cuando advierta que a través del proyecto se han infringido normas administrativas. Si bien, el alcance de la denegación se limitará a los colegiados solicitantes del visado, sin que su contenido pueda oponerse a terceros no colegiados, ni a la propia Administración. Esto se debe a que el visado carece de eficacia erga omnes, por tratarse de acto concreto de verificación asignado a la Administración corporativa distinto de la facultad supervisora y de garantía que corresponde a la Administración Pública (STS. Sala de lo Contencioso. Sección: 1ª, de 28/05/1981. Ponente: Paulino Martín Martín. Considerando 8º)[3]. Asimismo, también podrá denunciar aquellas

[2] TRENZADO ASENSIO, M.J. Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación Urbanística. Tesis Doctoral dirigida por D. Carlos Mir Puig. Universitat Pompeu Fabra, 2012, p. 297.

[3] TERRADILLOS BASOCO, J.M. Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente. Estudios

infracciones administrativas que se desprenden del proyecto sometido a visado. Con respecto al ámbito urbanístico, las normas relativas a parcelaciones, uso de suelo, altura, volumen, situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas, entre otras. Y ello, a la luz de lo dispuesto en los artículo 46 a 50 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado mediante Real Decreto 2187/1978[4].

En el ámbito urbanístico, el Colegio de Arquitectos de la comunidad autónoma o provincia será competente para visar el correspondiente proyecto de edificación, construcción o de urbanización, conforme a la ley autonómica correspondiente al territorio en que se encuentre dicho Colegio Profesional. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación básica estatal (Art. 149.1.18ª CE.), constituida principalmente por la Ley 2/1974 de 13 de febrero sobre Colegios Profesionales, y el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre Visado Colegial Obligatorio, y de que las propias Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales puedan regular otros medios de control, distintos y adicionales del visado forzoso (STS (Sala Tercera) Sección: 3ª, de 21/01/2013. Nº de Recurso: 466/2010. Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona. FD. 4º).

III. NATURALEZA JURÍDICA:

En relación a la naturaleza jurídica del visado, debemos analizar si el Colegio actúa en virtud de una función pública o privada y si se trata o no de un informe técnico preceptivo y vinculante para la concesión de la licencia urbanística.

1. ¿Función pública o privada?

A los efectos de analizar más adelante, si la actuación del Colegio podría ser constitutiva de un delito contra la ordenación del territorio y urbanismo, o de prevaricación es relevante determinar si participa o no del procedimiento administrativo requerido para la concesión de la licencia urbanística y puede representar un peligro para el bien jurídico protegido en tales delitos o si por el contrario tiene una eficacia interna y privada.

Debemos partir de que los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho Público (Art. 36 CE.), entre cuyos fines figura la ordenación del ejercicio de las

penales y criminológicos, Nº. 20, Santiago de Compostela, 1997, p. 320.

[4] TRENZADO ASENSIO, M.J. Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación Urbanística. Tesis Doctoral dirigida por D. Carlos Mir Puig. Universitat Pompeu Fabra, 2012, p. 275.

profesiones, la representación institucional de sus colegiados y la defensa de sus intereses profesionales (Art. 1 Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales), y tienen asignadas funciones, tanto de naturaleza pública como privada. La inclusión dentro de una u otra categoría de la función de visar trabajos profesionales de los colegiados (Art. 5 LCP), no es pacífica en la doctrina.

El Colegio de Arquitectos, cuando visa los proyectos de sus colegiados, realiza una función corporativa de control de la identidad y habilitación de sus profesionales, así como de la corrección formal del proyecto. De modo que, en principio, su actuación se proyectaría en el ámbito privado. Sin embargo, cuando en virtud de lo dispuesto en el Art. 5 b) de la Ley de Colegios Profesionales, por delegación de la Administración Pública, deba pronunciarse sobre algún aspecto técnico de un proyecto, está actuando en el ejercicio de una potestad pública, (STC 219/1989, de 21 de diciembre. BOE núm. 10, de 11 de enero de 1990. FJ. 3º), o también cuando así lo exijan sus respectivos Estatutos (STS, (Sala Tercera), Sección: 4ª, de 19/10/2010. Nº de Recurso: 6415/2008. Ponente: Antonio Martí García. FD. 1º). Cuyo resultado quedará sometido a ulterior control jurisdiccional contencioso-administrativo. Y sin perjuicio de la función de control y supervisión del resultado del visado que, en tal caso corresponde a la Administración municipal y autonómica en el procedimiento de otorgamiento de licencias que fuera de su competencia[5].

2. Diferencia entre el visado y el informe técnico emitido dentro del procedimiento administrativo previo al otorgamiento de licencia:

El visado colegial se configura como un informe de carácter preceptivo y no vinculante, en la medida en que la denegación del visado no impedirá la incoación del procedimiento administrativo[6], ni el otorgamiento de la licencia objeto de dicho procedimiento (Art. 46, 49 y 50 Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística RDU)[7]. Y referidas al

[5] CANTERO CERQUELLA, C. J. La Responsabilidad de las Autoridades y Funcionarios Públicos en los Delitos relativos a la Ordenación del territorio y la Protección del Patrimonio Histórico y del Medio Ambiente (Análisis de los Art. 320, 322 y 329 CP.) Tesis doctoral dirigida por D. Agustín Jorge Barreiro y D. Manuel Cancio Meliá. UAH, Madrid, 2009, p. 279-280.

[6] TRENZADO ASENSIO, M.J. Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación Urbanística. Tesis Doctoral dirigida por D. Carlos Mir Puig. Universitat Pompeu Fabra, 2012, p. 276.

[7] CANTERO CERQUELLA, C. J. La Responsabilidad de las Autoridades y Funcionarios Públicos en los Delitos relativos a la Ordenación del territorio y la Protección del Patrimonio Histórico y del Medio Ambiente (Análisis de los Art. 320, 322 y 329 CP.) Tesis doctoral dirigida por D. Agustín Jorge Barreiro y D. Manuel Cancio Meliá. UAH, Madrid, 2009, p. 277.

aprovechamiento y uso del suelo y que tengan relación con la ordenación del territorio[8].

El informe técnico, es también preceptivo y no vinculante, (Art. 80 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el mismo sentido que en el Art. 83 Ley 30/92.[9]), pero, a diferencia del visado, se integrará junto al informe jurídico dentro de un procedimiento administrativo y servirá de fundamento a la resolución que ponga fin al expediente de otorgamiento de la licencia[10].

Precisamente, porque no existe vínculo o conexión entre el visado y el procedimiento administrativo de otorgamiento de la licencia, el visado no requiere de la argumentación o fundamentación que debe reunir el informe técnico.

Asimismo, también es distinto el órgano competente para emitir uno y otro informe. En caso del visado, corresponderá al órgano designado por el Colegio profesional y en caso de los informes técnicos, el encargado será el jefe de la Dependencia a la que corresponda tramitarlos (Art. 172 RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales)

En materia urbanística, serán los Servicios de Arquitectura, Ingeniería o Urbanismo del Ayuntamiento correspondiente (Art. 248.3 Decreto de 30/05/1952, por el que se aprueba el texto del Reglamento de Funcionarios de Administración Local). Y los informes jurídicos serán emitidos por los asesores jurídicos municipales.

Y también en relación a esta materia, el control que ejerce el Colegio Profesional, en principio, se limita a aspectos formales, y su eficacia se proyecta al ámbito corporativo. Mientras que a través del informe técnico se realiza un control de la legalidad urbanística dirigido al otorgamiento de una licencia[11], con efectos que trascienden al ámbito meramente corporativo, pues constituye una garantía de seguridad

[8] CANTERO CERQUELLA, C. J. La Responsabilidad de las Autoridades y Funcionarios Públicos en los Delitos relativos a la Ordenación del territorio y la Protección del Patrimonio Histórico y del Medio Ambiente (Análisis de los Art. 320, 322 y 329 CP.) Tesis doctoral dirigida por D. Agustín Jorge Barreiro y D. Manuel Cancio Meliá. UAH, Madrid, 2009, p. 300.

[9] TRENZADO ASENSIO, M.J. Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación Urbanística. Tesis Doctoral dirigida por D. Carlos Mir Puig. Universitat Pompeu Fabra, 2012. P. 299, 301, 302.

[10] PELEGRÍN LÓPEZ, A. La Responsabilidad Penal de los funcionarios públicos y autoridades en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo y, contra el medio ambiente. Cuadernos de Derecho Local (QDL). Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2013, p. 94-95.

[11] CANTERO CERQUELLA, C. J. La Responsabilidad de las Autoridades y Funcionarios Públicos en los Delitos relativos a la Ordenación del territorio, Madrid, 2009, p. 278.

jurídica para el ciudadano en relación a las actividades que puede o no desarrollar y los límites de estas, ante su posible repercusión a materias tan sensibles como la ordenación del territorio, el patrimonio histórico[12] o el medio ambiente[13].

Con relación a su eficacia, el informe contrario a la legalidad puede entrañar una transformación urbanística que podría representar un riesgo relevante de menoscabo a la ordenación del territorio u otras de las materias referidas, que podría ser constitutiva de delito urbanístico (Art. 319 y 320 CP.) o infracción administrativa, extremo que, no se da en el visado[14]. Si bien, para que la emisión del informe fuera constitutiva de delito de prevaricación (Art. 320, 322 o 329 CP.), se requiere que: 1) se trate, no de cualquier informe, sino de uno favorable a la aprobación de los instrumentos urbanísticos o al otorgamiento de las licencias que supongan una alteración del territorio, ya sea oral o escrito, emitido en el seno de un procedimiento administrativo, 2) de modo grave conlleve la puesta en riesgo o lesión para la ordenación del territorio o el medio ambiente o el patrimonio histórico. Sin que sea suficiente la vulneración de la normativa administrativa, y sin que, se exija el otorgamiento de la ulterior licencia[15]. Todo ello, sin perjuicio de que la concesión de esta, pueda ser valorada a efectos punitivos[16]. No obstante, en caso de que se emitiera un informe desfavorable a la transformación ilegal urbanística, aunque no fuera constitutivo de dichos delitos, podría tipificarse como un delito genérico de prevaricación previsto en el Art. 404 CP[17].

IV. SIGNIFICACIÓN PENAL DEL VISADO COLEGIAL DE LOS PROYECTOS URBANÍSTICOS:

Se requiere para que el visado colegial, pudiera ser constitutivo de un delito de prevaricación, en particular, de los Art. 320, 322 o 329, según se vulnerase la

[12] CANTERO CERQUELLA, C. J. La Responsabilidad de las Autoridades y Funcionarios Públicos en los Delitos relativos a la Ordenación del territorio, Madrid, 2009, p. 296.

[13] TRENZADO ASENSIO, M.J. Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación Urbanística. Tesis Doctoral dirigida por D. Carlos Mir Puig. Universitat Pompeu Fabra, 2012, p. 457.

[14] POMARES CINTAS, E. / BERMEJO CHAMORRO, A. J. ¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos? Especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial.. Madrid, 2011, p. 141.

[15] CARMONA SALGADO SALGADO, C. Tratamiento penal de la ordenación del territorio y urbanismo tras la reforma de 2010. Fracaso del control preventivo administrativo y corrupción urbanística. La Ley penal Nº 103, sección legislación aplicada a la práctica, Julio-Agosto 2013, Ed. La Ley. p. 15.

[16] DE ALFONSO LASO, D. Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio. QLD 26 de junio de 2011 p 98.

[17] PELEGRÍN LÓPEZ, A. La Responsabilidad Penal de los funcionarios públicos y autoridades en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo y, contra el medio ambiente. Cuadernos de Derecho Local (QDL). Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre de 2013, pp. 95-96.

ordenación del territorio, el medioambiente, o el patrimonio histórico:

a) que los facultativos (arquitectos y aparejadores) que integran los Colegios Profesionales tuvieran la condición de funcionarios públicos a los efectos del Art. 24 CP., y

b) que el visado pudiera equipararse al informe dictado "a sabiendas de su injusticia" a que se refieren tales preceptos del Código Penal.

En relación al primero de los requisitos, no hay unanimidad en la doctrina sobre si es posible o no, afirmar que, los facultativos que conceden el visado tengan la condición de funcionario público. Precisamente, porque el concepto ofrecido por el Derecho penal es mucho más amplio que el contenido en el Derecho administrativo, algunos autores defienden que pueden considerarse funcionarios públicos cuando actúen por delegación de la Administración, y deban pronunciarse sobre aspectos técnicos del proyecto; para otros, el hecho de que quede en manos de las Comunidades Autónomas la decisión de suprimir el visado, y que determina que en unas Comunidades se pueda cometer el delito de prevaricación y en otras no, en claro quebranto del principio de igualdad, impide considerar que los facultativos ejerzan una función pública, y asimilarlos a funcionarios públicos.

Las consecuencias son evidentes, si los facultativos ostentan la condición de funcionario público podrán ser considerados autores de un delito de prevaricación, ya sea el previsto en los Art. 320, 322 o 329 CP., según se vulneren normas urbanísticas, contra el patrimonio histórico o el medio ambiente, y si carecen de tal condición, podrán ser imputables a título de cooperadores necesarios o cómplices de tales delitos, en virtud de su participación en su comisión[18].

En relación al segundo de los requisitos, en principio no cabe la equiparación del visado al informe técnico. No obstante, la duda se plantea cuando a través del visado se certifique la adecuación del proyecto a la normativa urbanística, en virtud de delegación de la Administración, o cuando este deba emitirse con carácter obligatorio, en virtud a lo dispuesto en el Art. 2 del RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre Visado Colegial Obligatorio, y exista relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas, (Exposición de Motivos del

[18] TRENZADO ASENSIO, M.J. Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación Urbanística. Tesis Doctoral dirigida por D. Carlos Mir Puig. Universitat Pompeu Fabra, 2012, p. 272-275.

citado RD y su Art. 1). En tales casos, siguiendo a autores como VERCHER NOGUERA, puede defenderse que, si los integrantes del Colegio Profesional llevaran a cabo un control improcedente o no denunciaran las infracciones administrativas que conocieran en relación a su función, su actuación podría ser constitutiva del un delito de prevaricación[19]. Sin perjuicio de la responsabilidad de los facultativos que emitieron el visado por las infracciones administrativas en que pudieran haber incurrido[20] y de la responsabilidad subsidiaria del Colegio Profesional por los daños derivados de los defectos en la realización del visado y que guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto (Art. 13.3 Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales).

V. CONCLUSIÓN:

El visado colegial es obligatorio, pero no vinculante en los proyectos de urbanización, construcción o edificación a que se refiere la conducta típica del delito de prevaricación previsto en el Art. 320 CP. A través de él, los Colegios Profesionales realizan un control sobre los aspectos formales y deontológicos del proyecto, quedando reservado la valoración sobre aspectos técnicos y la adecuación de la documentación a la normativa urbanística al informe que se emitirá en el seno del procedimiento administrativo previo a la concesión de la licencia urbanística. Por tal motivo, los facultativos (arquitectos, aparejadores o ingenieros) que emitan el visado no serían responsables por el delito de prevaricación a título de autores. Sin perjuicio de su responsabilidad como cooperadores necesarios o cómplices por tal delito o por el delito de usurpación profesional (Art. 403 CP.), si conocieran la infracción administrativa cometida y a sabiendas no lo denunciasen o de su responsabilidad administrativa por las infracciones cometidas o de la responsabilidad subsidiaria del Colegio Profesional (Art. 13.3 Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales) por los daños ocasionados a terceros derivados de la emisión del visado.

*** * * * * ***

[19] VERCHER NOGUERA, A. El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio. Revista Penal México Nº 5, septiembre 2013- febrero de 2014, p. 84.

[20] TRENZADO ASENSIO, M.J. Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: La prevaricación Urbanística. Tesis Doctoral dirigida por D. Carlos Mir Puig. Universitat Pompeu Fabra, 2012, p. 275.

Prof. Susana Román Corbacho

Profesora asociada, Univ. de Barcelona. Socia de la FICP.

~Violencia o intimidación como elementos del tipo de agresión sexual: su incidencia en el principio de proporcionalidad~

I. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra en fecha 20 de marzo de 2018, denominada de "la manada", ha abierto un debate sobre la distinción que el Código Penal de 1995 realiza entre el delito de agresión sexual y el delito de abusos sexuales.

Dada la gran contestación social al ser condenados los acusados por un delito de abusos sexuales y no de agresión sexual ha dado lugar a una respuesta por parte del ejecutivo creando una comisión de expertos para el estudio de su posible modificación.

El tema ha sido largamente rebatido a nivel social, con resoluciones que han sido contestadas desde diferentes ámbitos en sentencias dictadas anteriormente a ésta. Así con fecha 4 de mayo de 2017 la agencia de noticias Europa Press publica una noticia en la que informa que por parte del colectivo Women's Link Woldwide se ha nominado en sus "Premios Género y Justicia al Descubierto", en la categoría "decisiones que hacen retroceder la equidad de género", a una sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria en la que se condenaba a un hombre por un delito de abusos sexuales continuados sobre menor de 13 años, por los tocamientos y actos lascivos realizados sobre una menor por no haberse probado la resistencia de ésta.

En el presente supuesto se pretende una reflexión sobre la dificultad que puede derivar de la exigencia de la concurrencia del tal elemento del tipo a través de su estudio doctrinal y a la vista de la propia sentencia de "La manada" y de otras sentencias dictadas sobre la misma materia.

II. ESTUDIO DEL TIPO DE AGRESIÓN SEXUAL Y SU DISTINCIÓN CON EL DE ABUSOS SEXUALES POR EL CÓDIGO PENAL DE 1995.

La legislación anterior a la existente en el momento presente introducida por el Código Penal de 1995 era la reforma introducida en el Código Penal de 1973 por la LO 3/89 de 21 de junio. Ésta viene a adecuar la legislación a la evolución social y política sufrida por la sociedad española tras varios años de democracia. Así se cambia la

denominación existente de delitos contra la honestidad, por la de delitos contra la libertad sexual. En la materia que nos interesa establece una distinción entre los abusos sexuales y la violación que ya venía recogida por el Código Penal de 1973.[1]

La reforma introducida por la LO 3/89 supone la superación del concepto de honestidad y la introducción del de "libertad sexual" y la ampliación del sujeto pasivo, superando el anterior concepto de la violación cometida solamente contra la mujer.[2]

Mantiene, no obstante, el requisito de la "fuerza o intimidación", salvo en los supuestos de privación de sentido o menor de 12 años, manteniendo la distinción en base al tipo de acción que se realiza.

El Código Penal de 1995 establece una clara distinción entre los delitos de agresión sexual y abusos sexuales basando su distinción en la concurrencia de la "violencia o intimidación" que debe concurrir en el primero y no en el segundo.3

En cuanto al concepto violencia supone por una parte la superación del concepto hasta ese momento exigido por el Código Penal del 73 y que comportaba problemas de interpretación pues se vinculaba al concepto de "irresistibilidad". De esta forma la

[1] El Código Penal de 1973 en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 3/1989 de 21 de junio establecía en el Título IX relativo a los delitos contra la honestidad, Capítulo Primero relativo a la Violación y los abusos deshonestos establecía:

Artículo 429. La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor.

Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando se usare fuerza o intimidación.

2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3.º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

430. El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualesquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor.

[2] La reforma introducida en el Código Penal de 1973 por la LO 3/89 establece que:

Artículo 429. La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se usare fuerza o intimidación.

2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.

3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

Artículo 430. Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

Artículo 436. Se impondrá la pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas al que cometiere cualquier agresión sexual, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos últimos precedentes.

[3] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Tomo I y II. 7ª Ed. Abril de 2016. en cuanto a la exigencia de la violencia o intimidación manifiesta que "*Constituye éste, como se dijo, el criterio básico para deslindar las conductas de agresión de las de abuso, en coherencia con el bien jurídico tutelado, Lógico resulta que si de lo que se trata de proteger es la libertad, el criterio sistemático determinante radique en la mayor o menor lesividad del medio utilizado para doblegarla, y no en la concreta clase de conducta sexual realizada*"

violencia puede ser física o psíquica y el Tribunal Supremo viene exigiendo: a) Que vaya dirigida a conseguir el contacto corporal. b) Que por su entidad y circunstancias sea suficiente para esa finalidad.

Mayores problemas ofrece el concepto "intimidación". La jurisprudencia lo ha definido como constreñimiento psicológico o amenaza de palabra u obra que infunda un temor en el sujeto pasivo.

Se ha venido exigiendo históricamente por el Tribunal Supremo que la intimidación ha se sumir a la víctima en una situación de perturbación profunda. Ello ha sido muy discutido por la doctrina, dado que entiende que dicha exigencia se encuentra fuera del tipo.

La interpretación de la intimidación dependerá de las circunstancia concurrentes en el caso y sobre todo de la prueba practicada en el acto de juicio, y en ocasiones su límite en relación a otras conductas como lo es la agravante de prevalimiento o aprovechamiento de situaciones de superioridad se hace difícil, y ello es lo que lleva a resoluciones judiciales muy dispares en función del Juzgador.

Los requisitos jurisprudenciales que han venido exigiéndose a la intimidación dentro del ámbito de los delitos contra la libertad sexual son:

a) Amenaza de un mal presente o futuro, pero en todo caso verosímil.

b) Que la anterior esté orientada directamente a que la víctima acceda a participar en determinada acción sexual.

c) La intimidación debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.

d) No es necesario que sea irresistible, es suficiente con que dadas las circunstancias concurrentes sea necesaria para someter la voluntad de la víctima. Esta circunstancia se valora desde el punto de vista del sujeto activo, pues se considera que si la intimidación es clara y suficiente la víctima puede alcanzar la convicción de que su resistencia es inútil o de ella podrían derivarse males mayores.

e) La intimidación debe tener entidad suficiente para ser asimilada a la violencia, debiendo ser la causa que la genere seria, verosímil, inmediata y grave.

III. SENTENCIA DE "LA MANADA" (Audiencia Provincial de Navarra. Sección 2ª. 20.03.2018)

1. Hechos probados.

Los hechos probados de la sentencia recogen que una chica de 18 años de edad conoce a cinco chicos de entre 24 y 27 años, de complexión y edades muy superiores a la víctima en las fiestas de San Fermín en Pamplona. Que en un momento determinado de la madrugada se ofrecen a acompañarla al coche, y al llegar a una portería la introducen de forma súbita y repentina en ella, dirigiéndole posteriormente hacia un habitáculo reducido sin salida. Aprovechando la situación de angustia y bloqueo de la víctima, los acusados la rodearon y penetraron bucalmente, vaginalmente por dos de ellos, y uno de ellos en dos ocasiones, que también la penetró analmente uno de ellos. Dos de ellos llegaron a eyacular sin utilizar preservativo. Dos de los autores llegan a grabar videos de los hechos y uno de éstos tomó fotografías.

Posteriormente los agresores fueron abandonando el lugar, dejando abandonada a su víctima y sustrayéndole previamente el teléfono móvil.

En el momento en que la víctima pudo reaccionar se vistió y abandonó el lugar, sentándose en un banco y comenzando a llorar, lugar donde fue hallada por una pareja que avisó al 112.

La denunciante sufrió lesiones consistentes en "lesión eritematosa en zona de horquilla posterior en la zona de las cinco horarias para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa".

La chica presentaba un índice de impregnación alcohólica de 0,91 g/l de alcohol en sangre.

2. Ausencia de violencia o intimidación versus prevalimiento.

La sentencia considera que no concurre violencia o intimidación, por lo que no califica los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual, sino de abusos sexuales con prevalimiento, ello determina que de la petición de 18 años de prisión que efectúa el Ministerio Fiscal por un delito continuado de agresión sexual, la condena sea a 9 años, es decir, la mitad.

La sentencia razona que entiende que no existe violencia pues no ha sido probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la víctima, entendida como

"agresión real más o menos violenta, o por medio de empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual (...)" y para ello tienen en cuenta la levedad de las lesiones que se entienden acreditadas.

En cuanto a la intimidación acuden a la definición que la jurisprudencia ha ido configurando, entendiendo que deben concurrir los siguientes requisitos:

1º. Amenaza de un mal inmediato o futuro, grave y verosímil.[4]

2º. Ese mal, en los delitos contra la libertad sexual debe estar relacionado con la intención del autor de que la víctima acceda a participar en una acción sexual.

3º. La amenaza debe ser seria, previa, grave y determinante del consentimiento forzado.[5]

4º.- La intimidación debe ser bastante teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, no siendo exigible que resulte "irresistible", sino que se incluyen aquellos supuestos en los que para un observador neutral y atendiendo a las circunstancias del caso, la victima entienda que una oposición más prolongada podría conllevar males mayores. Ello se ha de valorar en atención a la conducta del sujeto activo, de forma que si su intimidación es clara y suficiente, la resistencia de la víctima es innecesaria.[6]

Partiendo de dichos requisitos la sentencia concluye que no existió intimidación y su razonamiento sobre la no concurrencia de dicho elemento del tipo se salda en un párrafo en el que se reitera que no concurren los requisitos de que exista una intimidación previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.[7]

Inmediatamente la sentencia estima que sí concurre el prevalimiento por la notoria superioridad con la que cometen los hechos los acusados.

Para ello parte de la conclusión de que la víctima prestó su consentimiento, pero que éste no fue libremente prestado, sino viciado, coaccionado o presionado por la situación de preeminencia que los acusados alcanzaron sobre la denunciante.

[4] STS 9/2016 de 21 de enero. STS 914/2008 de 22 de diciembre y STS 355/2015 de 28 de mayo.
[5] STS 578/2004 de 26 de abril
[6] STS 355/2015 de 28 de mayo y STS 609/2013 de 10 de julio.
[7] Así la sentencia en su fundamento jurídico cuarto realiza la valoración concreta de la no concurrencia de la intimidación en el siguiente párrafo que se reproduce: "En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrinal jurisprudencial que acabamos de reseñar, requiere que sea previa, inmediata y grave y determinante del consentimiento forzado".

Entiende en su razonamiento que el Código Penal de 1995, en su redacción dada por la LO 11/1999 no se conforma con que exista una situación de superioridad, sino que entiende necesario que esa situación haya sido aprovechada para la comisión del delito, existiendo, por tanto, un prevalimiento.

Así entiende que los requisitos del prevalimiento son los siguientes [8]:

1º. Situación de superioridad manifiesta. Siendo un requisito que debe valorarse en función de las circunstancias del caso concreto de forma global, y relacionando las circunstancias del hecho, de la víctima y de su autor.

2º Que esa situación influya sobre la libertad de la víctima coartándola. Este requisito se valora desde el punto de vista del sujeto pasivo y su libertad.

3º. El tercer requisito realiza su valoración desde el punto de vista del sujeto activo y en ese sentido exige:

a) Que sea consciente de su situación de superioridad y de los efectos inhibidores que sobre la libertad de decisión de la víctima ésta tiene.

b) Que se prevalga de dicha situación para conseguir el consentimiento viciado a la relación sexual.

La sentencia, valorando que se produjo una "encerrona", introduciendo en el portal a la víctima de forma súbita y llevándola hasta un habitáculo angosto, estrecho y con una única salida, mientras que la rodeaban cinco individuos de unas edades y complexión física muy superior a la víctima, sintiéndose ésta "impresionada y sin capacidad de reacción", entiende que no concurrió intimidación sino prevalimiento.

La delimitación entre ambos elementos ofrece importantes dificultades, dando lugar a decisiones contradictorias en casos similares y dependiendo de un matiz tan leve como entender que existió consentimiento. Es obvio que la misma valoración de la prueba practicada podría dar lugar a la aplicación del tipo de agresión sexual, al entender que en la situación descrita no existió consentimiento alguno, y sí una

[8] STS 305/2013 de 12 de abril. STS 855/2015 de 23 de noviembre y STS 132/2016 de 23 de febrero que declara que "... el prevalimiento exige el aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación".

situación de intimidación producida precisamente por los mismos elementos que dieron lugar al prevalimiento.

IV. CONCLUSIÓN

La reacción social producida como consecuencia de la sentencia ha dado lugar nuevamente a la reacción del ejecutivo anunciando una Comisión de estudio sobre la posible reforma del Código Penal.

Nuevamente la presión social incide sobre la actuación del ejecutivo, debiendo reproducir reflexiones que se realizaron en otros ámbitos como el de la prisión permanente revisable. No obstante, los partidos políticos han utilizado la política criminal como moneda de cambio para ganar votos, iniciándose una voraz y continua petición en la que ante cualquier asesinato se solicitan medidas más graves. Las sucesivas y numerosas reformas introducidas en el Código Penal de 1995 han servido para agravar las penas.[9]

Esto se puso de relieve en su momento por el Informe del Consejo de Estado que entendió que una reforma de tal envergadura debería de ir acompañada de una justificación pormenorizada de las razones que llevan a ésta, entendiendo que el proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno remitiera a la Cortes Generales debían ir acompañado de una memoria pormenorizada que permitiera entender las razones de política criminal que llevaban a la adopción de tal medida.[10]

Lo cierto es que el elemento del tipo de agresión sexual consistente en la "intimidación" puede conducir a interpretaciones muy dispares, y si bien parece lógico que exista una distinción entre las agresiones sexuales y los abusos sexuales, considerando la primera de mayor gravedad, también es cierto que debería emplearse una mejor técnica legislativa que permitiera entender como agresión sexual todos

[9] Así lo pone de relieve el Grupo Parlamentario Socialista en su Proposición no de Ley presentada en "En mayo de 2015 el Código Penal, denominado de la democracia, habría cumplido veinte años y digo habría cumplido ya que después de la última reforma, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, el texto se parece bastante poco a aquel que se aprobó allá por 1995, por una mayoría amplia de esta Cámara. En tan solo veinte años ha sido modificado en aproximadamente treinta ocasiones y cuatro de ellas con reformas de gran envergadura. Todas ellas han tenido un denominador común: la constante elevación, directa o indirecta, de las penas privativas de libertad."

[10] En su Dictámen 358/13, BOE 31 marzo de 2015, el Consejo de Estado concluyó que " En último término, corresponderá en todo caso al legislador valorar la oportunidad de la medida, pero el Proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno remita a las Cortes Generales debería contener, en su exposición de motivos, una clara referencia a los referidos motivos o circunstancias, y habría de acompañarse de una Memoria justificativa que lo sea verdaderamente en lo que afecta, cuando menos, a este punto."

aquellos supuestos en los que el consentimiento de la mujer se entienda que se ha obtenido por cualquier medio coactivo, incluido el prevalimiento.

Debe realizarse una profunda reflexión sobre éste tipo de delitos superando concepciones patriarcales trasnochadas, y, sobre todo, logrando una adaptación del Código Penal a las nuevas realidades sociales en las que el concepto de libertad sexual y las diferentes identidades sociales son asumidas con normalidad y como un derecho fundamental por los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

DE VEGA RUIZ, José Augusto. Los delitos contra la libertad sexual en la LO 3/89, de 21 de junio, especial consideración de la violación. Revista del Poder Judicial. Númer especial XII: Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal.

GALLEGO, Gemma. Abuso y agresión sexual: la violencia o intimidación según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Revista de Jurisprudencia. Mayo de 2018

GÓMEZ TOMILLO, Manuel y otros. Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Thomson Reuters (2015)

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Validación constitucional de la equiparación entre la acción de "acceder" y la de "hacerse acceder" a efectos de integrar el juicio de tipicidad del delito de violación del artículo 179 CP. Diario La Ley num. 7093. Editorial Wolters Kluwer (enero 2009).

PAZ RODRÍGUEZ, Juan Ignacio. Los mecanismos de la violencia, sus consecuencias en las víctimas y sus implicaciones en la intervención profesional. Cuadernos Digitales de Formación. Volumen 9. Año 2012.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. La sentencia contra "la Manada": prevalimiento v. intimidación. Diario La Ley nº 9209. Sección Tribuna. 1 de junio de 2018.

QUINTERO OLIVERES, Gonzalo y otros. Comentarios prácticos al Código Penal.Tomo I y II.Thomson Reuters (abril 2016).

VELA MOURIZ, Ana. Las claves de la sentencia de " La manada". Diario La Ley num. 9192. Editorial Wolters Kluwer (mayo 2018).

JURISPRUDENCIA

Sentencia 380/2004. Sala segunda Tribunal Supremo. 19 de marzo de 2004.

Sentencia 39/2009. Sala segunda Tribunal Supremo. 28 de enero de 2009.

Sentencia 965/2013. Sala segunda Tribunal Supremo. 19 de diciembre de 2013.

Sentencia 553/2014. Sala segunda del Tribunal Supremo. 30 de junio de 2014.

Sentencia 661/2015. Sala segunda Tribunal Supremo. 28 de octubre de 2015.

Sentencia 38/2018. Audiencia Provincial de Navarra. Sección 2ª. 20 de marzo de 2018.

* * * * * *

Sacramento Ruiz Bosch
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~El delito de sustracción de menores~

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores, introdujo el artículo 225 bis del Código Penal. Este precepto trata de dar una respuesta penal a aquellas conductas parentales consistentes en imponer su voluntad a través de las vías de hecho.

La sustracción de menores vino tipificada en todos los códigos penales españoles desde 1848, sin embargo, el Código Penal de 1995 no lo contempló como un delito propio sino como un subtipo agravado de las detenciones ilegales y el secuestro. Es a partir del año 2002 cuando el Legislador considera otra vez la necesidad de prever una respuesta distinta al delito de desobediencia genérica, y asimismo en la reforma de 2002 se prevén medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones de menores[1]. En efecto, la reforma adicionó también a los artículos 103 y 158 del Código Civil una serie de medidas cautelares administrativas y judiciales para prevenir el riesgo de sustracción[2].

La Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica de reforma de 2002 expresa que "El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como

[1] SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores en el Código Penal. Acerca de los sujetos activos y pasivos del delito. La Ley Penal nº 101, marzo-abril 2013, Aspectos de la Delincuencia Económica, p. 1.
[2] MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 319.

prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores".

II. TIPO BÁSICO.

1. Modalidades.

El artículo 225 bis del Código Penal castiga con pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años al progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor.

"Esta norma punitiva tiene origen en la Convención sobre los derechos del niño de la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que considera al menor de edad como sujeto de derecho; y en la Declaración Universal de los derechos del niño de 1959, que reforzó la política internacional en materia de derechos de la infancia. La Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, reconoce en su apartado 8.13 que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país; al tiempo que insta a los Estados a adoptar todas las medidas oportunas para impedir el secuestro de los niños, su retención o no devolución ilegales" (SAP de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 28/2009, de 27 de enero).

Como expone el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 37/2018, de 23 de enero, la sustracción de menores es una "figura de derecho internacional estableciendo las Convenciones, en especial el XXVIII Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25/10/08, qué se entiende por sustracción y cuáles son los deberes de los Estados en vía civil. En concreto el derecho de custodia -artículo 5 a) del Convenio- comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. No se diferencia entre progenitores custodios y quienes no lo son. De ahí que se considere traslado ilícito -artículo 3.a) del Convenio- el que se produce con infracción del derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona...".

El artículo 255 bis del Código Penal contiene una interpretación legal del término sustracción en su apartado segundo. Son dos las modalidades que se recogen en este apartado:

1.- El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.- La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

Así pues, el tipo básico recoge dos modalidades: el traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor con el que convive y la retención del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por la resolución judicial o administrativa.

Entiende MUÑOZ CONDE que no se trata de detenciones ilegales, sino más bien de un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto de la guarda y custodia de los menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores[3]. Y así, como pone de relieve la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 47/2018, de 15 de febrero, la "propia Ley Orgánica 9/2002 , dice en su Exposición de Motivos que lo que se pretende con la introducción de este tipo penal es dar "una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico", "en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor". Se está pensando, en suma, en el quebrantamiento de la resolución judicial que ha estatuido sobre la custodia del menor, siendo preciso que el sujeto activo del delito sea el cónyuge no custodio".

El bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa es "el derecho del menor a disfrutar de una relación personal con cada uno de sus padres y la paz en las relaciones familiares, en el sentido de respeto a las vías jurídicas para resolver las desavenencias, que en el ejercicio de los derechos derivados de esas relaciones puedan surgir." (SAP Ourense, Sección Segunda, núm. 47/2018, de 15 de febrero). "El objeto de protección en el artículo 225 bis es algo más concreto que la vida, la integridad física y restantes

[3] MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, 2013, p. 317

intereses individuales personalísimos del menor, susceptibles de amparo jurídico-penal: es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar. La ubicación del precepto permite contemplar, además, los derechos igualmente del resto de personas afectadas por la conducta de que se trate" (AAP de Santander, Sección 3ª, núm. 166/2012, de 22 de marzo).

"Doctrinalmente, también se menciona la protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos. La permanencia del menor en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural no es más que un aspecto derivado de los anteriores, por cuanto los cauces jurídicos y procesales atribuirán la guarda y custodia conforme a los intereses del niño, valorando tales circunstancias; lo que puede llevar a separarlo de su ambiente y residencia habitual atendiendo a conveniencias de diversa índole, incluso sin previa crisis familiar, sin que por ello tal situación sea punible. No puede obviarse la problemática social a que responde esta nueva tipificación penal, especialmente cuando se trata de sustracción internacional, más gravemente penada por las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se erigen en barrera de interposición entre padres e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho internacional privado favorables al progenitor que se apodera del niño. La preocupación social se extiende también a conflictos internos, cuando se desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por la vía de hecho la guarda y custodia que no se confía en obtener legalmente, con frustración de las expectativas procesales del otro padre o madre" (SAP de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 28/2009, de 27 de enero).

El delito de sustracción de menores se configura como un delito especial, ya que sólo pueden cometerlo ciertos sujetos relacionados mediante parentesco con la víctima[4]. Son sujetos activos del delito el progenitor que no ostenta la custodia del menor, y además en su apartado 5, el artículo 255 bis del Código Penal amplía el círculo de sujetos activos del delito estableciendo la posibilidad de imponer las penas señaladas en el artículo a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas descritas en el precepto.

[4] SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores, 2013, p. 2.

Advierte SÁNCHEZ LINDE que el Legislador percatándose de que existirían numerosos casos en los que uno de los progenitores estaría ayudado por otros familiares se decide a incluir en la conducta típica y equiparara a nivel punitivo a estos otros sujetos[5].

Los sujetos pasivos de este delito son obviamente los menores de edad que se encuentren unidos a los sujetos activos por los vínculos de parentesco que se enuncian en el texto legal, de manera que el menor podrá ser sujeto pasivo en concepto de hijo, nieto, bisnieto, o sobrino, dependiendo del supuesto concreto[6].

No existe delito si al tiempo de producirse los hechos no existe resolución judicial que hubiera atribuido al padre (o a la madre) la custodia del hijo, pues la mera discrepancia en el ejercicio de la patria potestad compartida sólo puede resolverse ante el órgano civil correspondiente (AAP de Sevilla, Sección 1ª, núm. 33/2005, de 20 de enero).

2. Tipo objetivo. Necesidad de gravedad en el incumplimiento.

"La acción de sustraer supone un apoderamiento material de una persona o de un objeto (...) la interpretación cosintáctica y cosemántica de ambos apartados permite inferir que la norma presupone una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o, aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo, de forma tal que revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal" (AAP, Sección Primera, de Salamanca núm. 294/2017, 28 de noviembre).

"No se identifican en el texto punitivo los elementos a los que se debe atender para establecer el marco distintivo, limitándose a indicar que "el incumplimiento debe ser grave", introduciendo, pues, un concepto jurídico necesitado de la precisión que le otorgan las demás circunstancias del caso" (SAP Ourense, Sección Segunda, núm. 47/2018, de 15 de febrero).

[5] SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores, 2013, p. 7.
[6] SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores, 2013, p. 5.

3. Tipo subjetivo. La vocación de permanencia como elemento del tipo subjetivo.

Estamos ante una conducta que solo admite su modalidad dolosa.

La jurisprudencia mantiene que "dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas, incluso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo mínimo de cuatro años, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de retener (o trasladar) al menor con claro propósito y voluntad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido con vocación de permanencia" (SAP Álava, núm. 348/2015, de 27 de noviembre)

En efecto, "el requisito subjetivo del tipo ha de entenderse como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía del progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial" (SAP, Sección 7ª, de Barcelona de 29 de mayo de 2017) .

III. AGRAVACIONES ESPECÍFICAS

El apartado tercero del artículo 255 bis del Código Penal establece la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución.

IV. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL APARTADO CUARTO DEL ARTÍCULO 255 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

Las excusas absolutorias son circunstancias o conductas personales del sujeto activo anteriores, coetáneas o posteriores a la ejecución del hecho, que le eximen de responsabilidad criminal, pero que no afectan a la estructura del delito cometido (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), por lo que se incluyen dentro de la punibilidad, y por tanto, son causas de exención de la responsabilidad criminal

personales[7].

En relación a la punibilidad, LUZÓN CUESTA distingue entre un momento normativo y un momento aplicativo o de concreción. El momento normativo se refiere al delito como esquema abstracto descrito por la ley. El momento aplicativo alude a un momento posterior, esto es, al hecho ya verificado. Y así, la pena podrá faltar, por las causas que fuese, en el segundo momento, pero nunca en el momento normativo, de modo que podrá faltar como efectiva consecuencia pero nunca como consecuencia legalmente previsible. Así pues, podemos partir de la idea de que la amenaza de una pena, señalada en abstracto para el delito, puede no tener efectividad concreta, pese a realizarse la conducta típica descrita. Por ello, por razones de política criminal o por otros motivos tenidos en cuenta por el Legislador, pese a haberse cometido por una persona imputable una acción típicamente antijurídica, culpable y punible, dicha amenaza de pena no puede cobrar realidad[8].

La SAP de Madrid 439/2017, de 18 de julio, Sección 29, especifica que "Con carácter general, las excusas absolutorias, denominadas en la doctrina alemana como "delitos sin pena" (MEZGER) o "causas de levantamiento de la pena" (JESCHECK), se han definido en la doctrina como "auténticas condiciones personales extrínsecas capaces de excluir la aplicación efectiva de la pena frente a un hecho típico antijurídico y culpable por razones de conveniencia político criminal" (MAPELLI CAFFARENA), estando relacionadas estas últimas también "con el principio de intervención mínima del Derecho Penal" (MANZANARES SAMANIEGO)."

El apartado cuarto del artículo 255 bis del Código Penal recoge en su primer párrafo una excusa absolutoria, eximiendo de pena al sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas.

V. ATENUACIÓN DE LA PENA.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el primer párrafo

[7] SEGRELLES DE ARENAZA, I., Teoría Jurídica del delito y sobreseimiento, La Ley Penal nº 122, septiembre-octubre 2016, p. 10.

[8] LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1996, págs. 114 a 147.

del apartado cuarto del artículo 255 bis del Código Penal, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Tanto en los supuestos en que proceda aplicar la exención de pena como en aquellos en que se dé la minoración de la misma, los plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADAS

LUZÓN CUESTA, J. M., COMPENDIO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, DYKINSON, MADRID, 1996.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

SÁNCHEZ LINDE, M., La sustracción de menores en el Código Penal. Acerca de los sujetos activos y pasivos del delito. La Ley Penal nº 101, marzo-abril 2013, Aspectos de la Delincuencia Económica.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., Teoría Jurídica del delito y sobreseimiento, La Ley Penal nº 122, septiembre-octubre 2016.

Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 47/2018, de 15 de febrero.

Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 37/2018, de 23 de enero.

Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 294/2017, 28 de noviembre.

Sentencia de la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid 439/2017, de 18 de julio.

Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 7ª, de Barcelona de 29 de mayo de 2017.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, núm. 348/2015, de 27 de noviembre.

Auto de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 3ª, núm. 166/2012, de 22 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, núm. 28/2009, de 27 de enero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2007.

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1ª, núm. 33/2005, de 20 de enero.

* * * * * *

M.ª Adoración Ruiz Rodríguez

Abogada. Talavera de la Reina (Toledo). Socia de la FICP.

~Menores víctimas y testigos de la violencia familiar~

INTRODUCCIÓN

Las relaciones en el ámbito familiar, especialmente aquellas que tienen lugar en el hogar o en la casa familiar, presumen de garantizar, cuando menos, la seguridad, la provisión de ayuda y la protección necesaria a todos y cada uno de sus miembros y, en particular, a los niños y a las niñas, reconocidos como personas vulnerables. Precisamente, esta idea es uno de los ejes transversales que rigen el contenido de la Convención de los Derechos del Niño, en cuyo preámbulo, la familia es considerada como el "…grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, p. 12).

No obstante, el ámbito doméstico no deja de ser un escenario lleno de contradicciones. Mientras que, por naturaleza, el funcionamiento familiar persigue fines que aseguran, a priori, el bienestar y cuidado mutuo entre sus miembros; en numerosas ocasiones, el hogar se convierte en un ambiente hostil para quienes viven en él.

En esta comunicación, quiero hacer un repaso de la situación jurídica de los menores como testigos de la violencia familiar, las consecuencias psíquicas de dicha violencia y las estadísticas sobre menores víctimas de violencia familiar del pasado 2017.

I. VIOLENCIA FAMILIAR. APROXIMACION AL CONCEPTO

Denominamos violencia entre los progenitores a las situaciones conocidas como violencia de género en las que la pareja tiene hijos a su cargo. Como ya hemos visto, en este tipo de contingencia, el género tiene una enorme influencia en las relaciones interpersonales; aumentando el riesgo de padecer y/o infligir abuso sobre el otro. Esta conducta es producto de una serie de estereotipos que, desde el punto de vista histórico y social, han dado al hombre, bajo el pretexto de la fuerza y la protección, una posición dominante que ha exigido, a cambio, la obediencia y sumisión de la mujer. A menudo, la violencia por razón de sexo se ha acogido a las diferencias biológicas existentes entre

el hombre y la mujer para establecer roles desiguales y justificar, de este modo, el abuso de poder en cualquier ámbito.

A tenor de esta realidad, el 20 de Diciembre de 1993, se presentó por primera vez el término de "violencia sobre la mujer" con arreglo a lo establecido en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidad 48/104 sobre la Declaración de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. A partir de ese momento, el abuso sobre la mujer pasó a definirse como: "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico (…), así como, las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada" (art. 1).

Asimismo, la Recomendación General número 19 suscrita a la aplicación de la norma anterior precisa que "La violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de violencia contra la mujer" (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1992). Poco después, tras asumir esta premisa, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (Asamblea General de Naciones Unidas, 1995) diferencia, de entre todas las formas de violencia que una mujer puede llegar a sufrir a lo largo de su vida, el maltrato infligido en el ámbito familiar; en el que se incluyen golpes, abusos sexuales y/o derivados de la dote, violación y todas aquellas prácticas tradicionales que, en definitiva, atentan contra su integridad. En este contexto se ha observado que la forma de violencia más común que padece el colectivo femenino es perpetrada, precisamente, por su pareja (Asamblea de Naciones Unidas, 2006; Organización Mundial de la Salud,

2002). Una de las últimas definiciones dadas a este fenómeno se recoge en la Directiva 12/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En ella se reconoce, a nivel europeo, que la violencia de género es toda "violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular". De modo que la violencia por razón de género es considerada "una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima" que puede causar graves lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos y grandes perjuicios económicos.

II. MENORES TESTIGOS DE VIOLENCIA FAMILIAR. UNA VISIÓN JURÍDICO SOCIAL DEL PROBLEMA

El estudio del maltrato infantil se ha focalizado durante mucho tiempo, casi exclusivamente, en el análisis de los malos tratos de tipo físico. La ampliación hacía otras formas de maltrato como la negligencia de tipo físico, el maltrato psíquico o la consideración de víctimas para aquellos que han presenciado actos violentos ha sido lenta y, en algunos casos, imperceptible.

La realidad social me lleva a afirmar el aumento de los casos de violencia familiar. Estos casos acontecidos en el ámbito familiar están saliendo a la luz desde fechas no muy lejanas, y aun cuando son las mujeres las mayormente perjudicadas, no se puede olvidar que los hijos de las mismas están siendo objeto de violencia psicológica al presenciar actos violentos. Es una realidad que la violencia familiar amenaza seriamente la salud y el bienestar emocional de los niños y las niñas. Sin embargo, hasta fechas muy recientes no se encuentran investigaciones centradas en los niños y niñas afectados por la misma. Aunque la preocupación por las mujeres maltratradas ha estado creciendo durante casi tres décadas, las discusiones sobre sus hijos e hijas no aparecieron en la literatura de investigación hasta los años 80 con especulaciones sobre todo indirectas y poco científicas.

Estos niños y niñas han seguido siendo invisibles a los investigadores y a los políticos por lo menos en parte, debido a la ausencia de datos significativos referentes la naturaleza y al alcance del problema.[1]

Otro aspecto a tener en cuenta lo mostraba con ocasión del estudio de los factores de riesgo vinculados al maltrato.[2] Así, indicaba como es un hecho innegable la correlación existente entre el maltrato entre los miembros de la pareja y el maltrato al menor.[3] Tanto si es un maltrato físico como psíquico, el menor que presencia

[1] Vid. J.W. FANTUZZO /W.K. MOHR, Prevalence and effects of child exposure to domestic violence, en The Future of Children, Domestic Violence and Children, Vol. 9, nº.3, 1999, pp. 21-22.

[2] Algunos autores consideran que este fenómeno es en sí un factor de riesgo por si sólo para la negligencia, el maltrato físico y el abuso sexual, R. LUBERTI, La violenza assistita.

[3] MULLENDER y MORLEY estudiaron la correlación entre abuso de las madres y abuso de los hijos llegando a conclusiones muy relevantes destacando que, donde hay un niño abusado, especialmente físicamente, la probabilidad de que la madre sea maltratada es más amplia; que donde hay violencia familiar es mayor la probabilidad de que el niño sea maltratado físicamente que donde no la hay o que donde hay violencia doméstica el padre generalmente es el maltratador del niño. Vid. A. MULLENDER/R. MORLEY, Domestic violence and children: What do we know from research? en A. MULLENDER, R. MORLEY (Eds.), Children living with domestic violence: Putting Men´s abuse of women on the child care agenda, Ed. Whiting & Birch Itd, 1994, p. 31.

conflictividad entre los responsables de su cuidado es objeto de maltrato en toda regla, ya sea psicológico o físico. Aquí se produce un desplazamiento de la agresión en la que el cónyuge que no maltrata contribuye también a ese maltrato ocultando los hechos o bien aumentando la violencia familiar.

Las mujeres maltratadas por sus parejas frecuentemente pasan a asumir un rol pasivo que por ende va a repercutir en sus hijos, además, una de las razones más alegadas por las mujeres para no denunciar una situación de malos tratos son los hijos. Las mujeres tienen miedo a que éstos queden desatendidos o tienen miedo a perderlos los que les lleva a soportar situaciones de violencia con el consecuente perjuicio para los menores.[4] Las personas aprenden de niños a relacionarse viendo como se relacionan los adultos.

Los niños y niñas aprenden a resolver conflictos observando a los mayores por ello, si sus necesidades biológicas y emocionales se satisfacen razonablemente comienzan a desarrollar el sentido de la seguridad en sí mismos y en los demás. Por el contrario, si sus exigencias vitales son ignoradas tienden a adoptar un talante desconfiado y temeroso.[5]

Respecto de lo que acabamos de expresar los menores testigos directos o indirectos, la sociedad ha empezado a ser consciente del grave problema ante el que se enfrenta y, es por ello, que las reformas acontecidas han introducido novedades reseñables.

En primer lugar hay que destacar la aprobación de la ***Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia de género***; esta Ley supuso una serie de medidas de protección frente a la violencia familiar, pero sin embargo y, no ha llevado consigo importantes cambios en lo concerniente a los menores de edad a excepción de las medidas civiles.

En segundo lugar más novedosa en este campo fue sin duda la ***Ley 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia***

[4] Vid. K. V. RHODES/C. CERULLI/M. E. DICHTER/C.L. KOTHARI/F. K. BARG, I Didn't Want To Put Them Through That: The Influence Of Children on Victim Decision-making in Intimate Partner Violence Cases en Journal of Family Violence, Springer Science -Business Media, Abril 2010.

[5] En igual sentido se puede comprobar que los menores testigos de violencia familiar tienen una probabilidad mucho mayor que otros niños de convertirse en maltratadores en el futuro. Vid. S. YAMPOLSKAYA/P. E. GREENBAUM/I. R. BERSON, Profiles of Child Maltreatment Perpetrators and Risk for Fatal Assault: A Latent Class Analysis en Journal of Family Violence, nº. 24, marzo 2009, pp. 337–348; S. HOLT, H. BUCKLEY/S. WHELAN, The impact of exposure to domestic violence on children and young people: A review of the literature, Child Abuse & Neglect, nº 32, 2008, pp. 797.

familiar e integración social de los extranjeros que estableció por primera vez un tipo agravado común a los nuevos delitos de los artículos 153 y 173.2, para cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetrasen en presencia de menores, agravación que se ha mantenido en las reformas más recientes operadas en el Código Penal:

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Por otro lado, la ***Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género***, reconoce que las situaciones de violencia de género afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar. Sin embargo, el desarrollo de la Ley y los recursos para su aplicación y puesta en marcha, ha generado una preocupación entre los profesionales puesto que la atención de los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género no alcanza ni genera los mismos niveles que para sus madres. Si bien se reconoce que, con esta ley se ha puesto el énfasis en los ámbitos judicial y policial, no se ha desarrollado suficientemente el apoyo psicosocial a las víctimas de un modo adecuado. No hay recursos para las medidas educativas, preventivas e incluso económicas contempladas en la Ley. Los profesionales reclaman los recursos suficientes y adecuados para que las medidas incluidas en la legislación puedan ser una realidad tangible y el incremento de los programas de prevención con mujeres, niños y niñas y agresores, y de las medidas de apoyo psicosocial a todas las víctimas.[6] Si bien recientemente se observa una tendencia a la inclusión de los menores testigos de violencia familiar tanto en lo que se refiere a dotarles de mayores recursos económicos como a dotarles de una mayor protección jurídico social.

Así, la violencia familiar dirigida hacía los menores no sólo contempla los supuestos en que éstos son las víctimas directas de la misma, sino que la presencia de actos violentos supone un atentado en toda regla a su integridad psíquica, y en algunos casos física, y hasta las reformas a las cuales he aludido no existía ninguna regulación en la cual se tuviera en cuenta estas situaciones.

El fenómeno de la violencia familiar que sufren las mujeres está muy relacionado

[6] Vid. J. HORNO GOYCOECHEA (Coord.), Atención a los niños y niñas víctimas de violencia de género…op.cit. p. 52

con el que padecen los menores dentro del mismo núcleo familiar. En muchas ocasiones se produce coetáneamente. En otras, los menores que contemplan el maltrato cotidiano de su madre sufren daños psíquicos, con la consiguiente alteración de su estabilidad emocional y consecuencias para su aprendizaje de actitudes ante la vida. Por ello se empieza a plantear su abordaje ya no sólo como un problema social sino también como un problema penal.

Al respecto, debo resaltar que en febrero del año 2003, poco antes de la entrada en vigor de la reforma en materia de violencia familiar, un Jurado Popular en una resolución pionera, condenó por unanimidad un marido que mató a su mujer delante de su hija de seis años por el delito de lesiones psíquicas causadas a la menor.[7]

Es muy significativo que la consideración fuera adoptada por el Jurado Popular y hay que valorarla en el sentido de que no existían precedentes y como un avance en el reconocimiento de que los menores que presencian escenas de violencia familiar eran víctimas directas. Este veredicto abunda en la tesis de considerar gravemente perjudicial para los menores presenciar actos de maltrato y agresiones, tanto por las lesiones psíquicas que les pueden producir, como por el riesgo de que al alcanzar la edad adulta reproduzcan los roles de agresor y víctima.

El hecho de presenciar situaciones violentas es considerado como una modalidad del maltrato emocional dentro de la categoría de aterrorizar. Pese a que los servicios de protección de menores reconocen este fenómeno como una modalidad del maltrato, en el ámbito penal es difícil que se reconozca esta situación de manera autónoma salvo como forma de conformar el tipo agravado. Fuera de nuestras fronteras el estudio de este fenómeno como modalidad autónoma de maltrato está cobrando cada vez más fuerza incluyendo su categorización bajo la ley.[8]

Por mi parte, ya no parto tanto de la consideración de este fenómeno como

[7] Los hechos ocurrieron en octubre de 2000 en el domicilio familiar de Móstoles (Madrid) cuando A.P.C. mató a su mujer asestándole más de 60 puñaladas y martillazos. La hija del matrimonio, alertada por los gritos de su madre, presenció el brutal asesinato y desde entonces sufre trastornos psicológicos que han requerido tratamiento terapéutico y psiquiátrico. Los nueve miembros del Jurado han considerado a la menor como víctima directa al presenciar la brutal agresión que acabó con la vida de su madre.

[8] Sobre este punto, ya mostraba, como en distintos estados americanos se empieza a reconocer esta situación como modalidad autónoma Por ejemplo en Julio de 1997 Utah fue el primer estado en decretar una ley en la cual se establecía una responsabilidad penal autónoma como delito menor para aquel que cometiese dos o más actos de violencia doméstica en presencia del menor. (Utah Criminal Code 76-5-109.1).California adoptó en su Código Penal diferentes medidas para los casos de violencia doméstica en que estuvieran presentes los menores (California Penal Code 1170.7ª) y similar legislación ha sido propuesta en otros Estados como Washington o Minnesota.

modalidad autónoma sino más bien de las medidas que deberían establecerse de cara a una mayor protección de los menores redefiniendo programas y ayudas concretas en los servicios sociales, servicios de asistencia a víctimas, Fiscalía de Menores…y un largo etcétera que actualmente carecen de un circuito que se active para atender a estos niños y niñas que, pese a estar bajo la protección de sus padres y, no encajar en las modalidades de desprotección, necesitan ayudan.[9]

Por otro lado, en cuanto al aspecto de los menores como testigos en el proceso judicial una de las novedades legislativas más importantes ha sido la dirigida a una mayor protección de las víctimas cuando éstas fuesen menores de edad, al haberse modificado los artículos 448 y 707 de la LECrim, a fin de regular que cuando el testigo fuese menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias del testigo, podía acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evitase la confrontación visual con el inculpado, efectuándose su declaración a través de cualquier medio técnico o audiovisual (artículo 448):

> *Cuando el testigo se menor de edad, el Juez, atendiendo, a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.*

Idéntica previsión legal se contempla para su declaración en juicio oral (artículo 707):

> *Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.*

Para la aplicación de esta previsión legal (artículos 448 y 707 de la LECrim) se exigen los siguientes requisitos: que se tratase de un testigo menor de edad, esto es, minoría de edad civil; que en su declaración como testigo se pudiese evitar la confrontación visual con el imputado o inculpado; que se tratase de una facultad del Juez o Tribunal, el cual debería recabar previamente informe pericial, en él debería valorarse la incidencia que dicha confrontación visual podía producir en el testigo y que

[9] En este sentido EDLESON considera que hay una necesidad imperiosa de desarrollar mayor maestría dentro de las agencias de protección del niño, de colaboración con programas encargados de la violencia familiar, y de otras formas alternativas para los niños expuestos y sus familias, incluyendo programas especializados de la intervención. Vid. J.L.EDLESON, Should childhood exposure to adult domestic violence be defined as child maltreatment under the law?, en P.G. JAFFE/LL.BAKER/A. CUNNINGHAM (Eds.), Protecting children from domestic violence: Strategies for Community Intervention, Ed. Guilford Press, New York, 2004, pp. 22-23

para evitar tal confrontación, una vez acordada la medida, pudiera utilizarse cualquier medio técnico o audiovisual que permitiese llevar a cabo el interrogatorio, preservando ese interés del menor a la no confrontación visual con el imputado. En definitiva, se trata de una excepción limitada al principio de publicidad de las actuaciones judiciales, que pretende encontrar el adecuado equilibrio entre tal principio y, el también importante, principio de protección a las víctimas del delito, sobre todo si trataba de menores de edad, a fin de evitarles parte de la victimización secundaria que origina el proceso penal, o al menos a mitigar sus efectos.[10]

La aplicación práctica de tal disposición ofrecía numerosas posibilidades, sin embargo y, pese a la nueva regulación del interrogatorio de menores de edad, los jueces y el propio Tribunal Supremo, en ocasiones, rechazan evitar la confrontación visual del menor con el acusado basándose en una aplicación escrupulosa de la LECrim.[11]

Por último, también debe recordarse la necesidad de un riguroso cumplimiento de la previsión del art. 109 *in fine* LECrim en el que se dispone que en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad. El punto nº 20 a) de la Guía sobre Justicia en asuntos concernientes en niños víctimas y testigos de delitos, aprobada por la Resolución 2005/20 ECOSOC-Naciones Unidas también incide en esta necesidad de información

III. CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA FAMILIAR EN MENORES

Expresiones de poder o dominio hacia cualquier miembro de la familia, por lo general se manifiestan con el maltrato físico, sexual o psicológico, mediante fuertes

[10] Vid. J. DE LAMO RUBIO/C. GANZENMÜLLER ROIG/J. F. ESCUDERO MORATALLA/J. FRIJOLA VALLINA (Directores), Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar, ED. Bosch, Barcelona, febrero 2002, p.34 y 35 así como J. DE LAMO RUBIO, El Proceso Penal. Aspectos prácticos. ED. Bosch, Barcelona, octubre 2000, p. 158 y ss.

[11] Esta circunstancia se pudo constatar cuando el Tribunal de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, presidido por el magistrado Pedro Martín, rechazó la sustracción de cuatro menores víctimas de abusos sexuales a la declaración en el juicio oral así como, las medidas de protección para evitar la confrontación visual entre víctima y acusado utilizando únicamente la intermediación física de un funcionario policial entre las menores y el procesado durante el interrogatorio. Este hecho dio lugar a numerosas críticas por parte de la opinión pública tras la crisis nerviosa que impidió a una de las menores declarar ante su presunto agresor. Los informes elaborados por el Departamento de Justicia señalaron que, debido a la edad de las menores, que tenían entre seis y nueve años cuando ocurrieron los abusos, a la naturaleza de los hechos y que en su día ya se había efectuado una declaración de las menores (en presencia del juez instructor, el fiscal, el secretario judicial y los abogados de las partes) resultaba "inadecuado" que se sometiera de nuevo a las niñas a nuevas declaraciones. Esta grabación sin embargo, que fue aportada por la defensa de las niñas fue rechazada como prueba documental por el Tribunal. Sobre este caso puede verse Diario El País de fecha 19 de mayo de 2005 o Diario El Mundo de la misma fecha.

golpes, patadas, castigos excesivos, abuso sexual, gritos, expresiones que comunican menosprecio, exposición a conflictos graves, de igual forma la falta de atención, aceptación y cuidado hacen parte del repertorio de actos de violencia intrafamiliar teniendo efectos en el desarrollo emocional y social de los niños (Amar y otros, 2004). Esas manifestaciones de violencia por lo general son percibidas como una amenaza para la vida, se presentan por largos períodos de tiempo, tienen una alta frecuencia e intensidad en el ambiente familiar y constituyen escenas en las que el niño reacciona con altos niveles de miedo e indefensión; una vez tienen lugar estos eventos se producen cambios psicológicos facilitando la emergencia del trauma infantil. (Trauma tipo II según la clasificación propuesta por Terr, 1991 o trauma complejo, según clasificaciones derivadas del Trastorno de estrés postraumático del DSM-IV). En principio, los niños son víctimas frente a los actos violentos. Se consideran como víctimas directas en el caso en que ellos han sido receptores directos de dichos actos; o víctimas indirectas (testigos) cuando los han presenciado entre sus padres u otros miembros de la familia (Sepúlveda, 2006). Ambos tipos de víctima pueden desarrollar traumas.

1. EFECTOS PSICOLÓGICOS DEL TRAUMA

El trauma infantil de tipo psicológico relacionado con la exposición crónica a eventos estresantes conduce a una serie de cambios que influyen en el funcionamiento y desarrollo psicológico, y se constituyen como mecanismos de defensa cuya función es proteger la integridad física y mental del niño. Éstas se manifiestan en las siguientes áreas:

a) Emocional: puede presentar dificultades en el control de expresiones de agresión hacia otros y hacia sí mismo. Dificultades al entender y comprender emociones. Facilita el desarrollo de sentimientos de indefensión, impotencia, miedo de que ocurra de nuevo la experiencia traumática y sienten frustración porque ellos tienden a considerar que los cambios con respecto a su vida son poco probables, debido a lo cual pueden mostrarse como retraídos.

b) Social: Es probable que haya dificultad para comunicarse y establecer vínculos más estrechos, expresando miedo y desconfianza y de esta forma evitar reexperimentar algún sentimiento asociado al evento violento.

c) Cognitivo: Las dificultades en la atención y concentración pueden obstruir el desarrollo del potencial en el desempeño de actividades escolares; también se presenta que los niños centran su atención en cosas diferentes mientras ocurre el evento traumático, olvidando los episodios traumáticos (amnesia) y/o manteniendo a los agresores en un concepto favorable (disociación).

d) Concepto negativo de sí mismo: Se pueden desarrollar sentimientos de culpa y de vergüenza en los que los niños tienden a creer que son merecedores de maltrato, en donde no perciben peligro o lo normalizan, disminuyendo respuestas de defensa y auto conservación como efecto de la ausencia de un sentimiento de vulnerabilidad.[12]

IV. MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMESTICA: AÑO 2017

El pasado año 2017 ha sido el año en que más menores han muerto en España por violencia machista desde que se tienen datos, según el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Han perdido la vida siete menores, frente a los seis que fallecieron en 2013, los cuatro de 2014, otros cuatro en 2015 y la única víctima mortal registrada en 2016.

Antes de eso no hay registro específico sobre estas muertes porque estos menores no se consideraban víctimas de violencia de género.

En total, en un lustro, han muerto 22 menores a manos de las parejas o exparejas de sus madres, víctimas de violencia de género. La última actualización corresponde al bebé asesinado junto a su progenitora el 1 de octubre en Barcelona.

Todas las víctimas menos una eran de nacionalidad española. Un 43% tenía menos de tres años un 57% tenía entre cinco y 12 años. En el 83% de los casos, el agresor convivía con la víctima, y en seis de los casos, las víctimas eran sus hijos.

Sólo una de las madres había presentado denuncia y, aunque solicitó medidas de protección, no estaban en vigor en el momento del crimen. Por regiones, Madrid registra dos víctimas y Castilla-La Mancha otras dos; las tres restantes fueron en Galicia, Cataluña y Andalucía.

[12] CLAUDIA JANNETH CAMACHO ROJAS, El niño como testigo de violencia familiar. Año 2014.

Respecto al perfil de los agresores, cabe destacar que la mitad eran españoles y el resto extranjeros, la mayoría entre los 31 y los 50 años y la mitad se quitó la vida después del crimen[13].

CONCLUSIÓN

Por lo que respecta a los menores testigos de violencia familiar, no existen apenas investigaciones centradas en los niños afectados por la misma. Las principales dificultades que plantea este fenómeno giran en torno al estudio de su prevalencia, a la inexistencia de una definición unánime, a los efectos psiquicos que ocasiona a largo plazo en los menores que las sufren y, al hecho de que no se contempla ninguna figura jurídica para referirse a este fenómeno.

El camino emprendido nos conduce hacia a la constitución de redes de conocimiento; puesto que, para seguir avanzando en el fenómeno de la violencia familiar y en la promoción del buen trato a la infancia en estos supuestos, es preciso que tanto los responsables de políticas públicas, como los agentes sociales e investigadores se rijan por objetivos comunes.

BIBLIOGRAFÍA

A. MULLENDER/R. MORLEY, Domestic violence and children: What do we know from research? en A. Mullender/R. Morley (Eds.), Children living with domestic violence: Putting Men´s abuse of women on the child care agenda, Ed. Whiting & Birch Itd, 1994.

CLAUDIA JANNETH CAMACHO ROJAS, El niño como testigo de violencia familiar. Año 2014

EUROPA PRESS, 2017, el año más mortal para menores víctimas de violencia de género.

J DE LAMO RUBIO/C. GANZENMÜLLER ROIG/J. F. ESCUDERO MORATALLA/J. FRIJOLA VALLINA (Directores), Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar, ED. Bosch, Barcelona, febrero 2002.

J. DE LAMO RUBIO, El Proceso Penal. Aspectos prácticos. ED. Bosch, Barcelona, octubre 2000.

J. HORNO GOYCOECHEA (Coord.), Atención a los niños y niñas víctimas de violencia de género, Psychosocial Intervention, vol.15, no.3, 2006.

J.L.EDLESON, Should chilhood exposure to adult domestic violence be defined as child maltreatment under the law?, en P.G. Jaffe/LL. Baker/A. Cunningham (Eds.), Protecting children from domestic violence: Strategies for Community Intervention, Ed. Guilford Press, New York, 2004.

J.W.FANTUZZO/W.K. MOHR, Prevalence and effects of child exposure to domestic violence, en The Future of Children , Domestic Violence and Children, Vol. 9, nº.3, 1999.

K. V. RHODES/C. CERULLI/M. E. DICHTER/C.L. KOTHARI/F. K. BARG, "I Didn't Want To Put Them Through That": The Influence Of Children on Victim Decision-making in Intimate Partner Violence Cases" en Journal of Family Violence, Springer Science -Business Media, Abril 2010.

[13] EUROPA PRESS, 2017, el año más mortal para menores víctimas de violencia de género.

R. LUBERTI, La violenza assistita.

S. HOLT/H. BUCKLEY/S. WHELAN, The impact of exposure to domestic violence on children and young people: A review of the literature, Child Abuse & Neglect, nº 32, 2008.

S. YAMPOLSKAYA/P. E. GREENBAUM/I. R. BERSON, Profiles of Child Maltreatment Perpetrators and Risk for Fatal Assault: A Latent Class Analysis, en Journal of Family Violence, nº. 24, marzo 2009.

* * * * * *

Daniel Sánchez Romero
Letrado colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, Cádiz, España.
Socio de la FICP.

~ Las nuevas tecnologías y los delitos informáticos tras la reforma de la LO 1/2105~

I. INTRODUCCIÓN

Podemos comprobar que la evolución social encaminada a la utilización de las nuevas tecnologías y sobre todo, asociadas al cada vez mayor uso del internet y acceso al ciberespacio, no sólo comporta un gran paso en la evolución social, sino que también supone un gran instrumento al servicio de mentes delictivas y organizaciones criminales que, apoyándose en su enorme capacidad económica que les permite situarse en la cúspide del conocimiento técnico, arremeten contra la población en general aprovechándose de su escasa formación informática.

Ante esta situación que nos presenta esta nueva realidad derivada de la nueva "cultura tecnológica", nuestro ordenamiento jurídico, adecuándose a esta necesidad y realidad social, se ha visto en la obligación de estudiar estas nuevas situaciones sociales aprovechadas por los delincuentes, y avocando en la incorporación de modificaciones sustanciales y relevantes, bien estableciendo nuevas modalidades o subtipos de figuras específicas ya existentes, bien introduciendo y creando ex novo nuevos tipos penales como figuras específicas y autónomas, hasta entonces inexistentes.

La culminación de este proceso de adaptación la encontramos en la **reforma del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo.**

Esta nueva realidad ha desembocado en la categorización de una nueva tipificación de los llamados como "delitos informáticos", que tienen como punto en común las nuevas tecnologías como medio, objeto o bien jurídico protegido. Sin embargo, contamos con la implacable evolución tecnológica, que impide la estanqueidad de esta calificación y promueve un continuo desarrollo y avance en la catalogación de esta nueva modalidad delictiva.

II. LOS NUEVOS DELITOS INFORMÁTICOS: EL PHISING Y EL PHARMING Y SU CALIFICACIÓN JURÍDICA; EL HACKING Y EL CRACKING

1. El phising

El **Tribunal Supremo** desde hace años ha analizado éste delito de estafa informática, así destaca la **sentencia de 2 de diciembre de 2014 (RJ 845, 2014)** relativamente reciente en la que el Alto Tribunal encuadra estas conductas de phishing bancario en el artículo 248.2 a) del Código Penal y explica cómo suele actuar el autor de este tipo de delitos de estafa informática.

La conducta básica que encarna este tipo de delitos consiste en el envío de emails fraudulentos desde direcciones supuestamente de entidades bancarias a la dirección de correo electrónico de la víctima, reclamando datos personales de contenido económico, como regla general datos de acceso a las cuentas (usuario y contraseña) que la víctima o víctimas tengan abiertas en la entidad o mediante enlaces a una web casi idéntica o muy similar a la de la entidad bancaria, produciendo así engaño en los usuarios con la finalidad de obtener un beneficio económico ilícito mediante la realización de transferencias a la cuenta del autor o autores del delito.

Destaca también la **SAP de Vizcaya de 10 de noviembre de 2016 (RJ 429, 2016)**, en la cual dicho órgano jurisdiccional concreta que en el "phishing bancario" es habitual que "el internauta reciba un correo en el que se la informe de que debe verificar sus cuentas, seguido por un enlace que parece la página Web oficial de la entidad bancaria."

Otra Sentencia significativa es de la **Audiencia Provincial de Valencia de 25 de enero de 2017 (RJ 37/2017)** que profundiza en los conceptos de phishing y mulero, trata de configurar la responsabilidad del mulero y además analiza un caso en el que Bankia S.A como proveedora de servicios de pago en línea consigue bloquear las transferencias realizadas por el autor del delito, desplegando así la requerida diligencia y no generándose responsabilidad civil contractual por haber adoptado la entidad bancaria las medidas necesarias tendentes a la evitación del delito.

El phishing en sí consiste según la Audiencia como técnica de ingeniería social caracterizada por intentar obtener información confidencial, consistente en datos personales del usuario, de forma fraudulenta, como pueden ser contraseñas o

información sobre tarjetas de crédito u otra información bancaria a través de una técnica consistente en suplantar páginas web o enviar correos electrónicos aparentemente oficiales haciéndose pasar por empresas o entidades de confianza (normalmente Bancos) y solicitando la aportación de datos relativos al usuario y contraseña de acceso a servicios de pago en línea, pues el principal objetivo del autor o autores de estos delitos son los usuarios de servicios de pago en línea.

El estafador, conocido como phisher, se hace pasar por una persona o empresa de confianza en una aparente comunicación oficial electrónica, por lo común un correo electrónico, o algún sistema de mensajería instantánea o incluso utilizando también llamadas telefónicas. A partir de la obtención de estos datos confidenciales, el *phiser* procede a apoderarse de los patrimonios ajenos ordenando transferencias bancarias.[1]

La mayoría de los métodos de phishing utilizan alguna forma técnica de engaño en el diseño para mostrar que un enlace en un correo electrónico parezca una copia de la organización por la cual se hace pasar el impostor. La calidad del anzuelo dependerá de la calidad del *phiser* en todos los casos se podrá medir la entidad del *iter criminis* efectuado, al igual que en las estafas siempre suele concurrir cierta negligencia, mayor o menor por parte de la víctima, y habrá que estar a la circunstancias subjetivas que concurran en ella.

Uno de los aspectos más importantes es el blanqueo de dinero. Actualmente empresas ficticias intentan reclutar teletrabajadores por medio de e-mails, chats, irc y otros medios, ofreciéndoles no sólo trabajar desde casa sino también otros jugosos beneficios. Aquellas personas que aceptan la oferta se convierten automáticamente en víctimas que incurren en un grave delito sin saberlo: el denominado “lavado de dinero” obtenido a través del acto fraudulento de phishing. Los intermediarios realizan el traspaso a las cuentas de los estafadores, llevándose éstos las cantidades de dinero y aquéllos, los intermediarios, el porcentaje de la comisión.

2. El pharming

Pharming es la explotación de una vulnerabilidad en el software de los servidores DNS (Domain Name System) o en el de los equipos de los propios usuarios, que permite a un atacante redirigir un nombre de dominio (*domain name*) a otro ordenador diferente. De esta forma, un usuario que introduzca un determinado nombre de dominio

[1] SJPI Murcia, 69/2007, de 30 de marzo, (RJ 2008/ 44072).

que haya sido redirigido, accederá en su explorador de internet a la página web que el atacante haya especificado para ese nombre de dominio.

La palabra *pharming* deriva del término "farm" (granja) y está relacionada con el término "phishing", utilizado para nombrar la técnica de ingeniería social que, mediante suplantación de correos electrónicos o páginas web, intenta obtener información confidencial de los usuarios, desde números de tarjetas de crédito hasta contraseñas. La etimología de esta palabra se halla en que una vez que el atacante ha conseguido acceso a un servidor DNS y tomado control de éste, es como si poseyera una "granja" donde puede hacer uso a placer de los recursos que allí se encuentran.

La técnica de *pharming* se utiliza normalmente para realizar ataques de phishing, redirigiendo el nombre de dominio de una entidad de confianza a una página web, en apariencia idéntica, pero que en realidad ha sido creada por el atacante para obtener los datos privados del usuario, generalmente datos bancarios.

3. Calificación jurídica

a) Tipo objetivo

Como ya sabemos, el *phiser* o *farmer* es la persona que acude a una página web (de una entidad bancaria o de un particular) y se apodera de las claves de acceso a la banca electrónica realizando transferencias no consentidas de dinero a costa de las cuentas corrientes de las víctimas.

Sin embargo, llegamos a un punto controvertido doctrinalmente y es en relación a la concurrencia o no del elemento "engaño". En la **STS de 19 de Abril de 1991**, El tribunal consideró que no hubo estafa, sino apropiación indebida ya que no hubo engaño en las víctimas que les llevara a producirles el error necesario que les indujera a realizar esa disposición patrimonial a favor del autor del delito. La solución dada por esta sentencia, considerada doctrinalmente muy forzada, sostenía en su **FJ 2º**:

> "*La «inducción» a un acto de disposición patrimonial sólo es realizable frente a una persona y no frente a una máquina, implica una dinámica comisiva con acusado substrato ideológico. Con razón se ha destacado que a las máquinas no se las puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que los casos en los que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesarios para el delito de estafa. Sin engaño, elemento cardinal de la estafa, no puede entenderse producida ésta*".

Por tanto, una de las características principales de la estafa informática es que estructuralmente no es exigible el engaño, pues como argumenta la **STS de 20 de noviembre de 2001**, dado que estamos en una estafa cometida a través de una transferencia no consentida por el perjudicado mediante manipulación informática, no es precisa la concurrencia de engaño alguno por el estafador. Y ello es así porque la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal.

La Instrucción nº 4/ 2007 del Fiscal Jefe de Madrid distingue los siguientes supuestos:

1) Falseamiento de la página web para la obtención de claves y contraseñas de acceso y utilización de las así obtenidas para detraer dinero de las cuentas corrientes mediante transferencia bancaria.

La instrucción insta a los Fiscales a perseguir este tipo de conductas como un delito de estafa informática del art. 248. 2 del CP y un delito contra la intimidad del art. 197.2 del Código Penal. Sin embargo dado que lo que ocurre un supuesto de concurso de normas (art. 8.1 del CP) se exhorta a calificar exclusivamente como una estafa informática (del art. 248.2 del CP).

2) Falseamiento de la página web para la obtención de página de claves y contraseñas de acceso y sin, realizar transferencias, posteriormente se efectúa la venta o transmisión de dichas claves y contraseñas.

En este caso la Fiscalía entiende que nos encontramos ante un delito de revelación de secretos del art. 197. 2 y 3 del CP.

3) Falseamiento de una página web para la obtención de claves y contraseñas de acceso y utilización de sólo parte de las así obtenidas para detraer dinero de las cuentas corrientes mediante transferencia, conservando el resto o transmitiéndolas a un tercero: se calificará como un delito de estafa informática del art. 248.2 del CP y otro de revelación de secretos del art. 197.2 y 3 del CP en concurso real.

En cuanto a la conducta del "mulero" (persona que abre o "presta" su cuenta corriente para que el phiser haga el ingreso del dinero de las víctimas, normalmente mediante un reparto del botín, bien por una cantidad a tanto alzado o mediante una cuota o porcentaje.

No es impune y se calificará, en función de los casos, o como un delito de estafa informática del art. 248.2 del CP (**STS 533/ 200727, de 12 de junio**) o, como un delito de blanqueo de capitales del art. 301 del CP, atendiendo a las circunstancias concurrentes, singularmente al origen del dinero.

b) Tipo subjetivo

Los principales elementos que lo constituyen son:

- El ánimo de lucro: se refiere a que el sujeto actúe con el deseo o la intención de enriquecerse, de aumentar su patrimonio, en su caso, de eludir una deuda.
- La acción típica es la de valerse de una manipulación informática o artificio semejante. Tras la reforma de la LO 15/ 2003, de 25 de noviembre, desaparece los conceptos de "engaño bastante y error", siendo sustituidos por los de "manipulación". Se corresponde con la conducta de alterar, modificar u ocultar datos informáticos de manera que se realicen operaciones de forma incorrecta o que no se lleven a cabo, y también con la conducta de modificar las instrucciones del programa con el fin de alterar el resultado que se espera obtener. De esta forma un sujeto puede introducir instrucciones incorrectas en un programa de contabilidad de manera que no anote cargos a su cuenta corriente por ejemplo, o que desplace a su cuenta bancaria todos los ingresos efectuados un determinado día a las cuentas cuyos números terminen en determinado.

La referencia a «alguna manipulación informática o artificio semejante» parece capaz de acoger todos los casos posibles mediante los que se efectúa una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de tercero, ya consistan en modificaciones de programas o alteraciones en el procesamiento, ya en manipulaciones en la entrada, salida o transmisión de datos. Como se ha observado, la fórmula legal es muy amplia, aunque tal vez inevitable en este campo, en el que el desarrollo tecnológico es continuo, con el peligro de que una prosa más estricta dejara pronto obsoleto el precepto[2].

La referencia a «artificio semejante» podría hacer pensar que se incluyen también otras maniobras de naturaleza no informática. Sin embargo, el sentido del apartado

[2] QUINTERO OLIVARES, Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 491.

obliga a entender que todo él va referido a estos supuestos, por lo que la mención legal debe ser interpretada también desde esa perspectiva.

- La transferencia no consentida del patrimonio de otra persona sin utilizar violencia. Lo que se suele traducir en un desplazamiento del dinero de la cuenta bancaria de la víctima a la cuenta del autor del delito.
- Perjuicio a tercero, ya que no es la propia víctima la que realiza la transferencia económica, sino que es el propio autor del delito el que la lleva a cabo.

En cuanto al elemento subjetivo del injusto, en este delito no cabe la comisión culposa, el sujeto activo actúa dolosamente, es decir, actúa conociendo y queriendo realizar la acción delictiva. El concepto de "manipulación informática" implica por sí mismo la intencionalidad del sujeto activo; es difícil que alguien lleve a cabo actos de alteración, modificación de datos o programas informáticos por error y que además le reportan un beneficio económico, ya que estas acciones requieren conocer los datos o instrucciones correctas y cambiarlos por otros, el sujeto sabe que su actuación constituye una acción contraria a derecho y aún así la lleva a cabo.

4. El hacking

El *hacking* o intrusismo informático, consistente en el acceso no autorizado, por lo general violando los mecanismos de seguridad allí donde los haya, a los archivos y bases de datos contenidos en los sistemas informáticos ajenos, normalmente de grandes empresas o instituciones[3].

Los comportamientos de *hacking*, aunque en sí no tienen por qué ser perniciosos, pues, una vez soslayadas las barreras de protección informática el *hacker* suele salir del sistema sin ulteriores propósitos, no deja de ser cierto que, en no pocas ocasiones, son la antesala de violaciones muy graves contra la intimidad, contra los derechos de propiedad intelectual o industrial o contra los secretos de empresa.

La tipificación penal, allí donde el *hacker* se limita, sin más, a entrometerse es muy confusa, porque si la conducta se mantiene en el estricto ámbito de la intromisión informática, hay que considerarla, desde el punto de vista de su relevancia penal, como impune o atípica. Es más, ni siquiera llega a alcanzar la consideración de una tentativa o de un acto preparatorio (allí donde éste fuera punible), porque no concurre el elemento

[3] Sobre el estudio de las figuras afines al hacking: MORÓN LERMA, Esther, en: Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red; Aranzadi, 2002; Capítulo II.

subjetivo, ya que la finalidad del *hacker* no es atentar contra la intimidad o contra la propiedad intelectual como tampoco es dañar los sistemas o los programas informáticos en los que se entromete.

En este sentido, se pronuncia el **Auto de 29 de enero de 2002 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Lorca** que destipifica las conductas atendiendo a que no concurre el elemento subjetivo del injusto y declarando en su FJ 2º:

"Las conductas de mero hacking acceso a los a los sistemas informáticos perpetrados con al única finalidad de acceder al password o puerta lógica no son actualmente constitutivos de delito pues carecen del elemento subjetivo del injusto".

Desde el punto de vista político-criminal, esta ausencia de relevancia penal es severamente criticada, por algunos sectores, que no dudan en considerar que el *hacking* debería de contar con un tipo penal específico.

Las manipulaciones más usuales se producen normalmente mediante la introducción de datos falsos, la alteración de los programas o la utilización de bombas lógicas, caballos de Troya, ya analizados, o técnicas como la del salami[4], que provocan la realización automática de transferencias bancarias, ingresos o reconocimiento de créditos en favor de quien realiza la alteración. El medio empleado y la actuación con y sobre máquinas y no sobre personas, junto con el hecho de que la conducta utilice e incida en elementos incorporales, son los caracteres definidores de estos supuestos y los que les dan identidad propia desde el punto de vista penal.

Sin embargo, la preocupación por su desarrollo explica que haya sido objeto de tipificación expresa en algunos ordenamientos[5]. No ocurre así en el Código penal español, que no contiene ninguna previsión que castigue de manera genérica el acceso no autorizado a sistemas informáticos ajenos.

[4] Se denomina así a la introducción de instrucciones para transferir a cuentas propias la acumulación resultante de los céntimos que se desprecian al operar con cuentas corrientes, cálculo de intereses, saldos, operaciones financieras, etc., y que alcanzan montos importantes (vid., CAMACHO LOSA, Luis, Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red; Aranzadi, 2002, pp. 41-42 y SNEYERS, Alfredo, El fraude y otros delitos informáticos, Tecnologías de Gerencia y Producción, S.A., Madrid, 1990, p. 112).

[5] MÖHRENSCHLAGER, Manfred, Tendencias de política jurídica en la lucha contra la delincuencia informática, Delincuencia informática, (coord. Mir Puig, Santiago), Ed. PPU, Barcelona, 1992., pp. 60-61.

Como consecuencia, la punición de estos comportamientos sólo será posible en la medida en que vayan referidos a datos que sean objeto de protección particular o impliquen conductas que resulten incluibles en tipos penales genéricos.

Si la finalidad es descubrir las intimidades de un particular concreto parece que serían perfectamente incardinables en el art. 197 del CP. El problema surge cuando no hay una relación aleatoria entre víctima y hacker la incardinación resulta cuando menos conflictiva, debido a la función selectiva y restrictiva del elemento subjetivo del injusto.

Autores como MORALES PRATS[6] sin embargo entienden que la mayoría de las conductas de abusos cibernéticos o contra la libertad informática o *privacy* deben quedar subsumidas en el art. 197.2 del CP (que carece del elemento subjetivo del injusto del párrafo 1º).

Cuando el elemento volitivo va encaminado a descubrir los «secretos de empresa» tal conducta estaría protegida en el art. 278.1, que constituye la referencia básica de estos comportamientos: «El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197»[7].

El precepto se refiere expresamente a «datos, documentos... electrónicos, soportes informáticos...», y por la remisión al 197 a «mensajes de correo electrónico... telecomunicaciones... o... cualquier otra señal de comunicación», lo que lo sitúa de lleno dentro de los supuestos que tratamos en la medida en que el "apoderamiento" de los mismos supone de suyo un acceso no autorizado al sistema o al ordenador en el que los mismos se encuentran.

Para la jurisprudencia no parece ser un elemento decisorio la relevancia del dato aprehendido, así la **STS de 11 de junio de 2004** condena a un funcionario del INEM que meramente se apodera de referencias relacionadas con el lugar de trabajo y domicilio de la empresa respecto a una base de datos perteneciente de la Tesorería General de la Seguridad Social.

No nos parece posible, pues sería demasiado forzado, incardinar la conducta en el art 256 del CP tal como hace algún sector de la doctrina, alegando que valerse

[6] MORALES PRATS, Fermín, en: Comentarios al Nuevo Código Penal, Aranzadi, 4ª Ed., Pamplona, 2005, p. 1063.

[7] GONZÁLEZ RUS, Juan José, Curso de derecho penal, Vol. I, pp. 796 y ss.

subrepticiamente de un aparato ya conectado pues la dicción del tipo parece estar orientada al denominado hurto de uso de tiempo del ordenador o utilización sin autorización o extralimitándose de ella. A su vez, como apuntan VALLE MUÑIZ/ QUINTERO OLIVARES[8], el Proyecto del Código penal exigía una utilización "subrepticia", elemento típico que fue despreciado ya en el trámite de ponencia.

Ante la insuficiencia legal y el vacío jurídico, no faltan autores[9] que propugnan un adelantamiento de la barrera punitiva (creando delitos obstáculos o barreras al igual que acaeció en Francia) **e**n base a que los ilícitos que se cometen con frecuencia en la denominada zona oscura del ciberespacio suelen ser la antesala de otros ilícitos mayores, dado que el hacker raramente se contenta con allanar el espacio digital del ciudadano afectado y tiende a hacer manifestar su poder intromisivo cometiendo otras nuevas transgresiones.

5. Cracking

También conocido como sabotaje informático. No debemos confundirlo con el *password cracking* o rompimiento o desciframiento de claves (*passwords*) que se asimila al *hacking*.

En el primer sentido, MARCHENA[10] los define como conducta consistente en la destrucción o en la producción generalizada de daños en su sistema, datos, programas informáticos o telemáticos.

Mas, como destacan MATA Y MARTÍN[11], lo principal de este tipo de comportamientos es que van dirigidos a atacar los elementos lógicos del sistema, es decir, al software en general y a los ficheros o archivos informáticos en los que se recogen datos, información o documentos electrónicos, cualquiera que sea su contenido concreto. Como reseña la doctrina[12], el *modus operandi* concreto (borrado, formateado, virus) es indiferente.

[8] VALLE MUÑIZ, José Manuel/QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en: Comentarios al Nuevo Código Penal, Aranzadi, 4ª Ed., Pamplona, 2005, p. 1307.

[9] MORON LERMA, Esther, en: Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red; 2002, p. 75.

[10] MARCHENA GÓMEZ, Manuel, El sabotaje informático: entre los delitos de daños y los desórdenes públicos, Actualidad Jurídica Aranzadi, Núm. 40, julio de 2001, p. 7.

[11] MATA Y MARTÍN, Ricardo, Delincuencia informática y Derecho penal, Edisofer, Madrid, 2001, p. 59.

[12] PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, Manual de Derecho Penal. Parte. Especial, 4ª Ed, Thomson Civitas, 2006, p. 293.

Dentro de las más graves conductas, resulta destacable, la conducta del *cyberpunker* o *cyberpunking*, que puede ser traducida al castellano como vandalismo electrónico o sabotaje informático, mediante la cual el sujeto activo se dedica a borrar, suprimir o modificar, sin el consentimiento del titular, funciones o datos de un ordenador, con la intención de obstaculizar su funcionamiento normal.

Las formas a través de las que esta conducta se lleva a cabo son, desde el punto de vista de la lógica del funcionamiento de los sistemas y mecanismos informáticos, muy variadas y normalmente, desde el punto de vista terminológico, todas ellas se unifican por referencia a la infección de los sistemas por virus informáticos.

Últimamente cobra cierta peculiaridad el *smurfing* consistente en donde lo que asalta es el encaminador de redes o *router*, sobrecargando el servicio a través de continuos ataques masivos utilizando sistemas esclavos o atacar el sistema con gran cantidad de paquetes con direcciones de IP falsas (*flooding*), bloqueando el sistema y provocando la denegación global del servicio (*DdoS* o *denial of service*).

En ciertas ocasiones la conocida como publicidad vírica o marketing viral (*pop ups*) puede ser incardinable en este tipo, cuando como consecuencia de estas prácticas al menos a titulo de dolo eventual se prevea que va dar lugar a una instalación inconsentida que implique un perjuicio para los sistemas operativos del ordenador afectado.

Como vimos, el *cracking* es pues un concepto informático no material[13], porque los datos incorporados a los soportes físicos dirigidos al hardware o cualquier soporte informático cuyos desperfectos deben ser cobijados en el tipo genérico de daños (art. 263 para el delito y el 625 para la falta).

Para la persecución penal del sabotaje informático se ha creado un tipo específico en el art. 264.2 del Código Penal que cobijaría los daños a los datos previstos en el art. 4 del Convenio de cibercriminalidad. Aunque a juicio de cierto sector de la doctrina44 tal tipificación no era imprescindible pues aparecían ya protegidos en el delito genérico de daños.

[13] GONZÁLEZ RUS, Juan José, Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 12, 1986, pp. 138-142.

Como refiere CREMADES GARCÍA[14] en la exégesis de este art. 264.2 es necesario tener en cuenta para calificar la acción como delito, la utilidad de esos datos y el reflejo de ese menoscabo en la actividad de su titular, además del valor en sí de esos propios datos.

Aunque es preciso recordar que cuando la dimensión del hecho dañoso suponga la destrucción u obstaculización de las instalaciones de telecomunicación cabe aplicarse el art. 560.1 del Código Penal.

Como ha destacado MARCHENA GÓMEZ[15], la destrucción generalizada de programas de gestión de correo electrónico tiene que ser vista como un acto contra el patrimonio del afectado.

El bien jurídico sin embargo es mucho amplio que el patrimonio pues lo dañado no son sólo los datos contenidos en la red sino también la seguridad jurídica en el ciberespacio.

Se trata, bajo mi punto de vista, de un delito pluriofensivo. Los métodos más conocidos para producir la destrucción de los elementos lógicos son los virus, caballos de Troya, sniffers, bombas lógicas y gusanos (*worms*).

6. Competencia territorial

La Red posee una naturaleza muy mutable, transfronteriza y dinámica, a la par que tecnológicamente es una entidad muy compleja. Comporta un cierto lado oscuro que provoca la sensación de "invisibilidad" de las contravenciones cometidas en su seno.

Como bien sostiene HERRERA MORENO[16], esta última característica encuentra su razón de ser en la "relatividad del espacio y tiempo informático", a través de la cual "en un juguetón parpadeo cibernético, el delincuente se inviste con los más absolutos atributos de intemporalidad y ubicuidad".

Este carácter "anónimo" provoca en la víctima la sensación de indefensión, rayana con el desamparo. Contemplando las innumerables autopistas de información que circulan por la red, piensa que la Justicia penal nunca podrá dar con el responsable del

[14] CREMADES GARCÍA, Javier, El fraude de los servicios financieros on line, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, Madrid, 2003, pp. 271-272.

[15] Vid. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, Actualidad Jurídica Aranzadi, 40, 2001, p. 9.

[16] HERRERA MORENO, Myriam, El fraude informático en el derecho penal español, Actualidad Penal, 39, La Ley, 2001, pp. 925-964.

ataque en su contra, la víctima siente que se enfrenta a un ser "invisible" frente a cuyos ataques sólo queda resignarse, por lo que pocas veces denuncian los hechos que se dan en su perjuicio. Cuando los ataques delictivo- informáticos son dirigidos contra empresas o corporaciones, la "cifra oculta" de criminalidad encuentra su razón de ser en la "publicidad negativa" que ello significa para las propias empresas atacadas.

Frente a las dificultades que se plantean en la persecución de delitos cometidos a través de la red, fundamentalmente las derivadas del principio de territorialidad, propugna la aplicación de la teoría de la ubicuidad, pudiendo hacerse valer conforme a ella tanto la jurisdicción del lugar de la acción como la del lugar del resultado (esto sin que se tengan en cuenta los "lugares de tránsito" a través de la ruta telemática, que serían irrelevantes). En favor de esta ubicuidad señala decisiones jurisprudenciales como el conocido **Auto del TS de 12 de marzo de 1996.**

Mas esta aparentemente sencilla solución encubre numerosas problemas y dificultades. Con la experiencia existente hasta la fecha, podemos afirmar que la vigencia de principios procesales referidos a la aplicación de la ley penal en el espacio, y el clásico celo que la mayoría de los países tienen antes de autorizar que un tercer país juzgue a un ciudadano propio, está complicando sobremanera la persecución del delito cometido utilizando como medio internet.

Lege ferenda, parece postulable una jurisdicción especializada en este tipo de delitos pues los juzgados de instrucción locales, contemplados aisladamente, carecen de experiencia, pericia y mecanismos logísticos adecuados para enfrentarse a la compleja dinámica delictiva que dimana de la red.

Así, las dificultades se concretan por ejemplo cuando la actividad delictiva tiene su origen en el extranjero y el resultado se produce sin embargo en España; esto es, los que comúnmente se conocen como "delitos a distancia".

La pretensión de las autoridades judiciales españolas de entender cometidos en nuestro país este tipo de delitos y reclamar su correspondiente enjuiciamiento colisiona con la frecuente aplicación de la *teoría de la ubicuidad* por parte de terceros países[17], al ser ésta la más favorable para colmar el afán expansivo de su jurisdicción.

[17] COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., Derecho penal. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 209 y ss.

Además, en muchas ocasiones, las más importantes conductas delictivas se realizan desde países con legislaciones porosas o flexibles respecto a determinadas infracciones penales, que poseen medios muy limitados, o que no han ratificado ningún tratado de extradición.

III. DELITOS INFORMÁTICOS TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015

A lo largo de todo el Código Penal, especialmente tras la reforma de 2015, aparecen muestras de delitos informáticos, al hacer referencia al medio utilizado para la comisión. Así, por ejemplo, otros delitos de este tipo son:

- El acceso no autorizado a sistemas informáticos, artículo 197 bis
- Los delitos informáticos relativos a la propiedad intelectual e industrial a través de la nueva redacción del artículo 270.
- La producción, venta, distribución, exhibición, o su facilitamiento, e incluso su posesión, por cualquier medio, de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces (art. 189).
- La inducción a la prostitución de menores por cualquier medio (art. 187).
- Las amenazas (arts. 169 y siguientes), así como las calumnias e injurias (sets. 205 y siguientes) efectuadas y difundidas a través de cualquier medio de comunicación.
- Los fraudes informáticos para cuya consecución se manipulen datos o programas (art. 248).
- El sabotaje informático, es decir, la alteración o destrucción de datos, documentos, software que se encuentran almacenados en sistemas o redes informáticas (art. 263).
- La posesión de software informático destinado a cometer delitos de falsedad, por ejemplo, falsificar contratos, el DNI, etcétera.
- Delito de descubrimiento y revelación de secretos a través del acceso y difusión sin consentimiento de sus respectivos titulares de datos registrados en ficheros o soportes informáticos (arts. 197 a 201)

Todos estos delitos tienen la misma sanción que sus homólogos no informáticos. Por ejemplo, se aplica la misma sanción para una intromisión en el correo electrónico que para una intromisión en el correo postal.

IV. CONCLUSIONES

Internet se ha convertido en el motor evolutivo tanto de la economía como de la sociedad y su continuo desarrollo resulta vertiginoso para un futuro no muy lejano, por lo que se ha llegado a configurar como un bien jurídico fundamental para el progreso de la sociedad. Un ciberespacio donde no se pueda circular sin seguridad jurídica merma considerablemente las potencialidades de éste y el desenvolvimiento y desarrollo social.

La ausencia de tipificación concreta de determinadas conductas cibernéticas ha llevado a determinados autores, apoyados en el principio de legalidad *strictu sensu*, a negar la represión penal de numerosas conductas.

En primer lugar, el mantenimiento de los modelos tradicionales de protección ante el nuevo entorno digital es evidente, pues ninguno de ellos comparte las características conjuntas con la consiguiente dificultad en su tipificación.

Es evidente que, al examinar las diversas posibilidades del Código Penal español en este punto, se concluye que las conductas de intrusismo informático no encuentran siempre encaje en los diferentes tipos.

Se denota una insuficiencia de normas y mecanismos administrativos de policía que sancionen y reprendan tanto a los autores de actos de hacking como a los operadores de redes y proveedores de acceso prestadores de servicios que faciliten enlaces que por omisión o negligencia favorecen este tipo de actividades ilícitas.

Sin embargo, sería deseable un derecho penal punitivo que actuase contra aquellas conductas que atenten a la seguridad jurídica que debe regir en el ciberespacio. En otras palabras el planteamiento jurídico represivo debe seguir protagonizado fundamentalmente por la Administración, en virtud de los principios fragmentario y de intervención mínima.

Debemos poner también, especial relieve en el factor prevención. Así la propia tecnología tiende a reaccionar frente a los riesgos que inconscientemente genera: los programas antivirus, anuladores de cookies, los detectores de *webs bugs*, los repetidores de correo (*anonymus remailers*), anonimizadores de navegación, los servidores *proxy*,

las aplicaciones criptográficas y los agentes de software o protocolos de seguridad son ejemplos de esta lucha a favor de la salvaguardia de la intimidad informática, configurándose como la vía más oportuna teniendo un carácter preferente sobre la amenaza penal.

Sin embargo, este tipo de autotutela o de autoprotección del usuario cuentan con la grave desventaja de dejar indefensas a amplias capas de la población que no poseen recursos económicos o técnicos para garantizar su propia protección.

En tercer lugar dado que el ciberespacio se proyecta sobre las fronteras nacionales se hace necesaria una regulación internacional sobre esta materia. La manipulación informática realizada a distancia de los datos suscita el problema de cuál es la ley aplicable cuando no coincide el lugar de la manipulación con el lugar donde se produce el resultado fraudulento.

Finalmente, tampoco parece desdeñable, a título de *lege ferenda*, instar la creación de una jurisdicción especializada en materia de cibercriminalidad. La complicación y enorme dificultad que comporta instruir este tipo de causas hacen necesario descargar a los tribunales locales de su persecución y encomendársela a esta nueva jurisdicción, que proporcione un cierto grado de seguridad jurídica.

* * * * * *

Inmaculada Serrano Pérez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~La dispensa a no declarar del art. 416 LECrim en los procedimientos de violencia de género~

Resumen.- La LECrim establece una serie de excepciones a la obligación que tienen todos los testigos de acudir al llamamiento judicial y declarar. La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece el artículo 416 Lecrim tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado. Asi pues si la declaración testifical se erige como una de las diligencias instructoras como medio de prueba para enervar la presunción de inocencia, es de obligado cumplimiento advertir del contenido del citado precepto a los testigos en los que puedan concurrir esa exención, pues de contrario tal prueba podrá declararse nula. La admisión de la renuncia tácita de este derecho del art. 416 Lecrim tiene por finalidad permitir que el testigo, unido por determinados vínculos al acusado y en atención a ellos, pueda rehusar su participación en el juicio como testigo, al haber entendido el legislador que, en tales casos, le resulta inexigible la obligación de colaborar con la Administración de Justicia que pudiera entrar en conflicto con su conciencia. un ingente número de procedimientos de violencia de género se ven frustrados debido a la negativa de la víctima a prestar declaración, como consecuencia del ejercicio del derecho constitucional, que la dispensa de la obligación de declarar en contra de su cónyuge, y al mismo tiempo, agresor, art 416 LECrim. En la mayoría de los casos, la ausencia de la declaración de la víctima, fomentada y acompañada por el mutismo del maltratador, impiden la prosecución del proceso, pues por lo general, son éstas las únicas evidencias de la realidad que se da en el domicilio familia.

I. INTRODUCCIÓN

Frente a la general obligación de declarar de todo aquel que ha presenciado un hecho con apariencia delictiva (art. 410 LECRIM), la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce una serie de salvedades, bien por razones de Estado (el Rey, la Reina, sus consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino, ex art. 411 LECrim), bien en atención al oficio (sacerdotes, ex art. 417.1 LECrim) o cargo que ostenta el testigo (art. 417.2. LECrim), bien por su incapacidad física o moral (art. 417.3 LECrim) o por razones de parentesco (art. 416 LECrim). En este último caso, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prohíbe a los parientes declarar cuando el acusado sea su familiar, sino que los exime de la obligación general, depositando en ellos enteramente la decisión de si quieren o no hacerlo. A diferencia de quienes tienen prohibido declarar porque pesa sobre ellos un deber jurídico de guardar secreto, los obligados a guardar secretos de Estado o en los abogados, que tienen un deber de sigilo respecto de la información proporcionada por su cliente, en el caso de los parientes llamados al juicio como testigos la Ley de Enjuiciamiento les atribuye un privilegio familiar, que deja a su voluntad la decisión de si se abstienen o no de dar testimonio respecto del acusado.

El artículo 416 LECrim implica el ejercicio de un derecho constitucional que dispensa de la obligación de declarar a los testigos que mantienen una relación de parentesco con el acusado, así como las consecuencias que ello acarrea en relación a la víctima, el agresor, y el sistema procesal penal. Tanto la jurisprudencia como la doctrina, desde hace años, y en auge sobre todo desde la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha generado diversas posturas, algunas poco pacíficas, que han suscitado un constante y avivado debate, dividido entre los que se decantan por mantener la regulación actual del precepto (inspirado en el siglo XIX), entre los que abogan por su derogación, y los que más reflexivamente contemplan mantenerlo pero tras someterlo al filtro de un legislador respetuoso y consciente de la especial vulnerabilidad de la mujer, víctima de los delitos de violencia de género. Y ello pese a que el artículo 410 LECrim establece la obligación que tienen todas las personas de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.

El artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se define como "la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Nos hallamos pues, con que la postura que adopta la víctima, complica la tramitación del procedimiento penal, ya que paradójicamente, y para el supuesto en el que no existiere ningún otro medio de prueba apto para acreditar el delito de que se trate, nos encontraríamos con que el agresor consigue de facto lo que es el principal propósito de la violencia de género: la efectiva sumisión de la víctima, que llega al extremo de renunciar a la que parece una lógica existencia de justicia, para evitar la eventual condena del autor de los hechos[1].

En conclusión podemos determinar que, los defienden la vigencia del art 416 LECrim, presentan argumentos fundamentados en una mayor autodeterminación y libertad de la víctima, y los que abogan por su derogación, aludiendo a la naturaleza del

[1] GONZÁLEZ MONJE, A., La declaración del testigo-víctima de violencia de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos. Comares S.L, Granada, 2013, pp. 354-346.

delito de violencia de género cómo delito público, se cuestionan bajo qué condiciones las víctimas se amparan en este derecho, si lo hacen libremente, o bajo las amenazas y coacciones de su agresor.

II. FUNDAMENTO Y FIN DEL DERECHO A LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR.

Como se ha indicado, el derecho a la dispensa de no declarar, está recogido, entre otros, en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone: "Están dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia".

Las advertencias de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECRIM en los casos de violencia de género deben ser realizadas, en los supuestos en que así concurran los presupuestos del art. 416. No se trata de un derecho fundamental, sino que lo que otorga la ley al testigo es la posibilidad de dispensarle de la obligación de declarar que, como deber general, se impone a todas aquellas personas a las que se cite en tal calidad, contestando a lo que se les pregunte y conozcan acerca de los hechos que son objeto de imputación, o posterior acusación.

Dicho precepto está amparado por la Constitución Española, que en su art 24, garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y para ello, precisa la obligación de la ley de regular los casos en que "por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

La dispensa de la obligación de declarar, en la práctica de la prueba testifical, compromete la prosecución normal del proceso, tanto en las diligencias de la fase de instrucción, como en el juicio oral, pues permite al testigo/víctima acogerse a dicha facultad, produciendo en ocasiones la finalización anticipada del proceso. Asi se concluye que, el fundamento del art. 416 LECrim se presenta como un deber de

protección entre los familiares y cónyuges, al haber un vínculo familiar entre testigo e investigado, resolviendo con ello el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el investigado. Asi se recoge en la Circular 6/11 de la Fiscalía, y en sentencia del Tribunal Supremo nº 94/2010 de 15 de noviembre invocando como fundamento de la dispensa: "*el deber de solidaridad que existe entre los que integran un mismo círculo familiar, resolviendo el conflicto entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo familiar y de solidaridad que le une al acusado".*

Las personas a las que el precepto de la ley procesal exime de la obligación de declarar están incluidas también en el artículo 261 LECrim, que las exime del deber de denunciar que impone el art. 259 a todos los ciudadanos. Sin embargo, la admisión de la renuncia tácita de este derecho del art. 416 Lecrim podría entenderse admitiendo que, el fundamento último de la referida dispensa, no se orienta a proteger derecho alguno del acusado, sino que tiene por finalidad permitir que el testigo, unido por determinados vínculos al investigado y en atención a ellos, pueda rehusar su participación como testigo, al haber entendido el legislador que, en tales casos, le resulta inexigible la obligación de colaborar con la Administración de Justicia que pudiera entrar en conflicto con su conciencia, en tanto su declaración pueda resultar perjudicial para el acusado al que se halla ligado por estrechos vínculos. Si ello es así, resultaría perfectamente razonable que esa dispensa pudiera quedar excluida cuando es el propio testigo quien ha resuelto poner en marcha con la formulación de su denuncia la persecución misma del delito y de su autor, pudiendo entenderse que, en tales casos, el fundamento de la dispensa se amortigua llegando, incluso, a desaparecer.

Sin embargo, la mayoría doctrinal y jurisprudencial entiende que de ninguna manera se contemplan excepciones a la dispensa legal, sin establecer entre los testigos diferencia alguna según hayan sido o no denunciantes.

III. SUPUESTOS EN LOS QUE LA VÍCTIMA PUEDE ACOGERSE A LA DISPENSA DEL ART 416 LECRIM.

El párrafo tercero del art. 416 LECrim establece que: *"El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia*".

En el supuesto en el que la víctima no se persone como Acusación Particular, siendo ésta exclusivamente testigo, la repercusión procesal frente al incumplimiento de la advertencia legal sobre la dispensa del deber de declarar, no es otra, que la nulidad de su testimonio, no pudiendo ser ésta utilizada en el proceso. Asi pues, la declaración prestada en fase sumarial o en el juicio oral, sin la previa advertencia de su derecho, según el Tribunal Supremo se convierte en una prueba obtenida de forma no autorizada, viciada, estimándose que el procesado no ha contado con un proceso equitativo, y en lo referente al testigo, que éste ha visto vulnerado su derecho a un proceso justo y con todas las garantías. En definitiva, únicamente es válida la declaración prestada contra el procesado cuando hay vínculos de parentesco de los dispuestos en el art. 416 LECrim, cuando se ha informado al testigo previamente de su derecho a no declarar, de lo contrario, la declaración carecerá de eficacia probatoria no pudiendo ser utilizada en el proceso.

IV. PROBLEMAS Y ASPECTOS PROCESALES QUE PLANTEA LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Debe partirse de la premisa de que la víctima de violencia de género en el proceso no es una mera parte procesal, sino que tiene la condición dual de víctima y testigo. En los procedimientos judiciales de violencia de género la prueba de los hechos denunciados no resulta tarea fácil y ello porque estamos ante delitos que normalmente transcurren en la más estricta intimidad del hogar familiar o en un lugar donde probablemente se encontraba tan sólo la víctima con el agresor. Esta es la razón por la que reviste especial importancia el testimonio de la perjudicada frente a la versión del maltratador, quien en su defensa probablemente niegue todos los hechos e intente mediatizar a la víctima para que ceda ante sus presiones (o las de la familia) y retire la denuncia o silencie su testimonio, con el fin de controlar también el curso del proceso judicial.

No es pacífico el debate acerca de la interpretación que se hace del ámbito subjetivo de la facultad que confiere el art. 461 LECrim, pues hay quien defiende una interpretación amplia, que incluye a todos los testigos, y otras más restrictivas que

excluyen al testigo-víctima de los hechos, en las que se ampararían las mujeres víctimas de violencia de género[2].

Un sector doctrinal apuesta por la inaplicabilidad del mencionado artículo en base a tres argumentos:

- Considera que la víctima de violencia de género no se puede equiparar al testigo que no es víctima, al que se refiere el precepto 416 LECrim, pues entiende que el que denuncia a una persona con la que guarda una relación de parentesco, no puede luego ampararse en la misma para dispensarse de la obligación de declarar, porque está concebida para otros supuestos.

- En segundo lugar, califica a las víctimas de violencia de género como testigos privilegiados, defiende que la dispensa legal es exclusivamente para los testigos que intervienen como terceros extraños.

- Concluye con la consideración de que, quién previamente acude a denunciar, no tiene sentido que después se sirva de la dispensa legal de declarar, considerándolo como una renuncia tácita a tal derecho[3].

Como he apuntado anteriormente, el debate no es pacífico, pues por otra parte la jurisprudencia, atiende a la interpretación más amplia de las personas a quienes se refiere el art 416 LECrim, pues en su línea mayoritaria se entiende que la dispensa es para todos los testigos[4]. La dispensa a no declarar se refiere al testigo familiar del acusado y el fundamento de la exención, para determinar si concurren los presupuestos para su aplicación, por ello, deberá corroborarse la persistencia de la relación que exime al testigo, así como plantearse si para concluir que alcanza a dicho testigo hay que estar al momento en que se producen los hechos presuntamente delictivos o, por el contrario, al momento en que el testigo debe prestar declaración. En cuanto a la primera cuestión, cuando se trata de una relación matrimonial, el divorcio extingue la relación conyugal y si no existe vínculo matrimonial, el Juez Instructor o, en su caso, el órgano de enjuiciamiento, deberá interrogar al testigo acerca de la relación que mantiene con la

[2] LOZANO EIROA, M.:Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género, Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos. Comares S.L, Granada, 2013, pp. 6 y ss

[3] GONZÁLEZ MONJE, A..: La declaración del testigo-víctima de violencia de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos, Comares, Granada 2013 p. 348.

[4] ALCALÁ PÉREZ FLORES, R.: La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial. III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Madrid, 2009.

persona imputada o acusada, para determinar si persiste entre ellos una situación afectiva que pueda dar lugar a la exención de la obligación de declarar.

Tras la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, con entrada en vigor el 4 de mayo de 2010, se introdujo la referencia expresa a las parejas de hecho en el ámbito subjetivo de la dispensa a la obligación de declarar, art. 416.1 LECrim "o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial…", amparando la reforma, la tendencia jurisprudencial que previamente se seguía. El conflicto surge una vez disuelto el vínculo matrimonial, o desaparecido el vínculo afectivo. Siguiendo la lógica, el Pleno del Tribunal Supremo, en el Acuerdo no Jurisdiccional de 24 de abril de 2013 dispuso que:

> *"La exención de la obligación de declarar prevista en el art 416 LECrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:*
>
> *1-La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.*
>
> *2-Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso".*

Lo dispuesto por el Pleno del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, implica que únicamente tendrán derecho a acogerse a la mencionada dispensa, aquellos testigos que, no habiéndose personado en la causa como acusación particular, tuvieran la condición de cónyuge o mantuvieran con el acusado una relación análoga al tiempo de producirse los hechos y por tanto quedarían exentos de la obligación de declarar:

- **Los cónyuges** cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos, pese a que exista separación legal o, de hecho. En este supuesto en que los cónyuges cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos, pese a que exista separación legal o de hecho**,** se explica en la Circular 6/11 de la Fiscalía claramente que ha existido una voluntad de que persista el vínculo entre los cónyuges, subsisten entre ellos los derechos y obligaciones civiles derivados de la existencia del vínculo matrimonial, por remisión al artículo 66 del Código Civil, por cuanto, al separarse se suspende la vida en común pero no el deber de asistencia mutua y la obligación de alimentos.

- **Las parejas de hecho** cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos. En el caso de que se trate de una relación "intermitente", o ante la duda, se optará por la aplicación de la dispensa, pues sería la relación lo que condicionaría la declaración de la víctima. La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de

encontrarse en la misma situación more uxorio y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos. Por lo que se refiere al sistema de justicia penal, basta la lectura de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal que se refiere junto a la relación conyugal a la de que la persona "esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad". Asi pues únicamente tendrán derecho a acogerse a la mencionada dispensa, aquellos testigos que, no habiéndose personado en la causa como acusación particular, mantuvieran con el acusado una relación análoga al tiempo de producirse los hechos, aunque aquella relación personal hubiera cesado al tiempo de ser llamados a declarar.

- **Novios**. En aplicación de los dispuesto por el Pleno del TS, se permite la inclusión en el art 416 LECrim a las relaciones de noviazgo, pero atendiendo al caso concreto, pues hay relaciones de noviazgo de un mes y otras de un año, también a los proyectos de futuro que tengan la pareja en cuestión, si tienen un domicilio para vivir en el futuro, las relaciones con la familia si tienen hijos en común pese a que no haya convivencia. La dispensa solo puede admitirse en los casos de pareja de hecho por ser asimilables a la relación matrimonial, pero la no convivencia del noviazgo no permite hacer en estos casos la misma interpretación del art. 416 Lecrim, que sí se hace en el noviazgo en la violencia de género pero por expresa inclusión del noviazgo en el art. 153 CP. A los efectos de averiguar el origen del cese de la convivencia y conocer si tiene derecho la víctima a ampararse en el art. 416 Lecrim debe comprobarse si el cese es voluntario. Así, si el acusado está en prisión y hasta el momento de ingresar convivían sí que tendrá derecho a ampararse en el art. 416 Lecrim.

- **Intérpretes o traductores jurados**. Incluye la especial referencia a los traductores jurados respecto de las conversaciones con el imputado.

- **En los casos en los que ella también es imputada**: Puede no declarar en relación a los hechos y su agresión, en virtud del principio de unidad de acto[5].

De lo anterior se infieren dos conclusiones: por un lado, que la dispensa alcanza a los testigos que en el momento de declarar estén casados o mantengan relación análoga de afectividad con el imputado o acusado. Por otro que, si a la fecha de los hechos el

[5] BENETERRAK AYENSA, F. G.: Los juicios rápidos. Violencia de Género, Centro de Estudios Jurídicos, CEJ, 2015, pp. 5-6.

testigo era cónyuge o pareja de hecho del imputado o acusado, también le alcanzará la dispensa.

La renuncia de la dispensa de declarar ha de ser expresa, clara, de forma libre y voluntaria, así lo mantenía el Tribunal Supremo en sentencias como la STS 662/2001 de 6 de abril, en la que se dispuso que: *"ha de resultar concluyentemente expresada, incluso en los supuestos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima*".

Sin embargo, buena parte de la doctrina afirma que: "la dispensa de la obligación de declarar, son aquellas a las que el art 261 LECrim, exime del deber de denunciar que impone el art 259 de dicha ley a todos los ciudadanos, por lo que se concluía que una vez que se presenta la denuncia, se ha efectuado una renuncia tácita al uso del citado precepto, y por tanto la denunciante no puede ampararse después en el art 416 LECrim, para negarse a declarar en el acto del juicio oral, en el marco de un procedimiento que ella misma ha iniciado. (…) En los supuestos de violencia de género, en los que se ha llegado a reconocer un estatuto de protección singular a la presunta víctima en atención a su vulnerabilidad, resultaría contraria a los principios que inspiran la norma, permitir actuaciones de desprotección[6]".

Esta cuestión ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo en su Acuerdo de Pleno, de fecha 23 de enero de 2018, al señalar en relación a la dispensa que ofrece el art. 416 Lecrim que : "No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición". Esto es, el alto Tribunal resuelve que no es preciso ofrecer la dispensa a aquella persona que presenta denuncia tanto en sede policial como judicial, ahora bien, si a lo largo del procedimiento, la denunciante o la persona que ejerza la acusación particular decide apartarse del mismo, podrá acogerse a la dispensa del art. 416 Lecrim, incluso llegado el momento del juicio oral.

El uso exagerado del art. 416 Lecrim está conllevando que en los casos de violencia de género de maltrato de obra sin causar lesión, amenazas o coacciones en los que no hay parte de lesiones y/o testigos determina que aunque hubiera existido una

[6] CHACÓN ALONSO, Mª T.: Valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género. Situaciones de falta de colaboración de la víctima en el proceso penal. Cuestiones que plantea la interpretación del artículo 416 de la LECrim, en Unificación de criterios entre Audiencias Provinciales y Juzgados con competencia en violencia sobre la mujer, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, núm. 12, 2012, p. 21

declaración previa inculpatoria en la instrucción la ausencia de prueba está determinando una elevación de las cifras de sentencias absolutorias por el uso de esta vía legal. Es por ello, por lo que se están analizando fórmulas para evitar la desprotección de la víctima que se niega a declarar.

V. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

La dispensa del deber de declarar ocasiona dificultades para la tramitación normal de un proceso, pero en especial, en el marco de un procedimiento penal por un delito de violencia de género, pues la mayoría de las veces la víctima es la única testigo, al ser delitos caracterizados por su producción en la intimidad, ya que generalmente son ante la exclusiva presencia de la víctima, que junto con el agresor, es la única conocedora de la situación.

A la hora de valorar si la declaración de la víctima reúne los requisitos establecidos jurisprudencialmente para que sirvan de prueba incriminatoria apta para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, se han de tener en cuenta las connotaciones propias de este tipo especial de víctimas. A saber: estado emocional, psicológico, falta o nula autoestima, estrés postraumático, dependencia del agresor, etc, e indagar con el fin de conocer la realidad de los hechos y relativizar el valor de las posibles contradicciones o ambigüedades en que por dichos motivos pueda incurrir la misma, todo ello sin menoscabar el derecho de defensa del agresor.

Si la víctima de violencia de género mantiene su declaración y se valora ésta como única prueba de cargo para condenar, la motivación de la Sentencia condenatoria debe comprender el análisis detallado de dicha prueba, explicitando cuidadosamente las razones por las cuales el órgano decisor concede mayor credibilidad a la versión de la víctima frente a la del presunto agresor, en caso contrario, debe producirse la absolución teniendo, evidentemente, que razonar de forma clara y comprensible las razones que le han llevado a no alcanzar una convicción de condena[7]. Es criterio del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo considerar que la declaración de la víctima tiene en si misma valor de prueba testifical suficiente para enervar el principio de presunción constitucional de inocencia, siempre que se practique con las debidas garantías

[7] POZO PÉREZ, M. DEL: Rompiendo el mito de las denuncias falsas de violencia de género, Violencia de Género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos, Comares, Granada ,2013, pág. 62

Y así, para que la declaración de la víctima pueda enervar la presunción de inocencia, dando lugar a una condena del agresor, una larga línea jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han venido exigiendo tres premisas:

I) Ausencia de incredibilidad subjetiva que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. Se trata de una persistencia material en la incriminación valorable, según la sentencia del TS de 18 de junio de 1998 "*no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones"*. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes:

a. Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (en el caso de menores), y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales.

b. La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fábulas de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad.

II) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos subjetivos. Concreción en la declaración, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Se valorará que se especifique y concreten con precisión los hechos, narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. Esto supone:

a. La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su contenido.

b. La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.

III) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta si ambigüedades ni contradicciones manteniendo el relato la necesaria

conexión lógica entre sus diversas partes. Ante la probabilidad de que la testigo-víctima incurra en contradicciones consigo misma e incluso con otros testigos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, de 6 de julio de 2004, afirma, entre otros pronunciamientos, que: "*nada tiene de extraño que el testimonio de la víctima se muestre cambiante, confuso, inseguro en los detalles. Ése es precisamente un comportamiento normal en quien sufre un trastorno reactivo de personalidad vinculado al maltrato continuado. Lo verdaderamente sospechoso habría sido que un testigo, en tales condiciones anímicas y con tales precedentes biográficos, hubiese proporcionado desde un principio un testimonio perfectamente articulado y coherente.*" Por tanto, será preciso que en el complicado contexto de la violencia de género y atendiendo a la creciente gravedad que se le atribuye a este tipo de delincuencia, se relativice la exigencia de este requisito, siempre que existan otros elementos probatorios que corroboren, con especial fuerza persuasiva o de convicción, la versión inicial de la víctima.

Este factor de ponderación supone:

a. Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse.

b. Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c. Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Es de reseñar también la doctrina del Tribunal Supremo, entre ellas la sentencia nº 725/2007, de 13 de septiembre, que considera que la declaración de la víctima tiene valor inculpatorio aun cuando sea la única prueba de la que intente valerse la acusación, ya que *"nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad."*

VI. MOMENTO EN QUE SE ADVIERTE DE LA DISPENSA A LA VÍCTIMA

En el Juzgado de guardia **se olvida de advertirle de la dispensa:**

En los supuestos que se olvida la advertencia, pero ella está personada como acusación particular, y solicitando penas graves para él denunciado, se entiende una implícita renuncia a la dispensa del artículo 416 de la LECrim.

No se le advierte en instrucción y en el juicio se acoge a la dispensa, en este caso no es válido lo declarado en instrucción, ni se puede proceder a su lectura por vía del 730 de la LECrim.

No fue advertida en instrucción y en juicio cambia su versión, no se puede hacer valer la contradicción.

Advertida en instrucción declara y en el Plenario no declara, no se puede proceder a la lectura de su declaración por vía del artículo 730 LECrim. El Acuerdo de Pleno, de fecha 23 de enero de 2018 del Tribunal Supremo ha resuelto cualquier duda respecto a la dispensa de la víctima a la que se acoge en el juicio oral, cuando señala que: "El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecido en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o si hubiesen efectuado con el carácter de prueba pre constituida".

Se le advierte en instrucción y en juicio, y da dos versiones distintas y declara en ambas, se puede hacer valer la contradicción por vía del artículo 714 de la LECrim.

VII. CONCLUSIONES

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género coloca a la denuncia de la víctima como uno de los pilares del proceso de género, por ser la principal fuente de conocimiento del ilícito penal consumado, iniciándose con la denuncia el correspondiente protocolo de actuación tanto por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como por los órganos judiciales. Y ante estas denuncias, que en la mayoría de los casos se inician ante la Policía Nacional, Policía Local o Guardia Civil, se llega a la realidad judicial, pues tras ser presentada la denuncia y activado el protocolo de actuación por violencia de género e iniciado el procedimiento judicial, la victima se retrae de su primera declaración en sede policial o judicial quedando pues vacía de contenido la instrucción judicial que no podrá continuar en la mayoría de los casos ante la falta de prueba, pues no hay que olvidar que estos delitos, en la mayoría de los casos, son consumados en el interior del núcleo familiar, consecuencia ello de la aplicación el artículo 416.1 de la

LECrim, de ahí que en los últimos tiempos, haya surgido la cuestión doctrinal y jurisprudencial de si la víctima de violencia de género, tras haber sido ella quien da inicio al procedimiento judicial con la interposición de la denuncia, puede ampararse en la dispensa de la obligación de declarar o si dicha excepción al deber de declarar ha de ser modificada legislativamente para evitarlo, y asi poder finalizar el proceso penal contra el investigado ante la alarma social de estos tipos de ilícitos penales y ante la posible impunidad de los investigados, que ven como el proceso penal no continua por la no declaración de su propia víctima.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ PÉREZ FLORES, R La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial, III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Madrid, 2009.

BENETERRAK AYENSA, F. G, Los juicios rápidos. Violencia de género, Centro de Estudios Jurídicos, CEJ, 2015.

CHACÓN ALONSO, Mª T., Valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género. Situaciones de falta de colaboración de la víctima en el proceso penal. Cuestiones que plantea la interpretación del artículo 416 de la LECrim, en: Unificación de criterios entre Audiencias Provinciales y Juzgados con competencia en violencia sobre la mujer, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, núm. 12, 2012.

GONZÁLEZ MONJE, A., La declaración del testigo-víctima de violencia de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos. Comares S.L, Granada, 2013.

GONZÁLEZ MONJE, A., La declaración del testigo-víctima de violencia de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos, Comares, Granada 2013.

LOZANO EIROA, M., Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género, Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos. Comares S.L, Granada, 2013.

POZO PÉREZ, M. DEL, Rompiendo el mito de las denuncias falsas de violencia de género, Violencia de Género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos, Comares, Granada, 2013.

*** * * * * ***

Julia Serrano Trigueros
Abogada en ejercicio. Máster en Derechos Fundamentales. Socia de la FICP.

~Delitos de discriminación~

I. INTRODUCCIÓN

El legislador español traza el concepto de dignidad de la persona como principio informador de todo nuestro ordenamiento jurídico configurado como un mínimo invulnerable, y ello porque la esencia misma del ser humano debe ser respetada siempre y ponderada junto con el resto de derechos. No es baladí el incremento de procedimientos que se viene produciendo en los últimos tiempos en nuestro país relativos por ejemplo a la difusión del discurso del odio o la incitación de actos de tal naturaleza a través de las tecnologías de la información y la comunicación, así se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016, donde señala 40 registros de estos procedimientos, y manifiesta como se percibe la creciente e imparable incidencia de la utilización generalizada de estas herramientas con objetivos discriminatorios y de humillación y hostigamiento frente a los que son diferentes, y la necesidad de combatir duramente estas conductas para evitar que las enormes posibilidades que ofrecen estas tecnologías sean utilizadas perversamente poniendo en riesgo valores esenciales de nuestro Estado de Derecho como el pleno respeto a la dignidad de las personas y la vigencia del principio de igualdad de todos los seres humanos[1].

La Decisión Marco 2008/913/JAI «relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho Penal», tuvo como objetivo de todos los Estados miembros de la UE, el castigo de los delitos de carácter racista y xenófobo, al mismo nivel de «sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias». Europa optaba así, frente a la incitación pública a la violencia o al odio contra un grupo de personas -o contra un miembro de dicho grupo- definido por la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico (...) por un modelo intervencionista, y adelantaba la barrera penal en la lucha contra dicho fenómeno, frente a otros modelos liberales en los que la respuesta contra los delitos de odio quedaba constreñida, en su caso, al simple reconocimiento de la facultad judicial

[1] Memoria de la Fiscalía General del Estado presentada en 2016, p. 608.

de agravación de la pena cuando, en la comisión de cualquier delito , se apreciara y se acreditara, un ánimo discriminatorio o de odio[2].

La LO 1/2015 de 30 marzo, determinó en nuestro Código Penal, la reforma de la regulación del art. 510 CP influida por la trasposición de la Decisión Marco citada, acometida, según explicaba el Preámbulo de dicha Ley, ocupándose de «dos grupos de conductas». Por una parte, y con una penalidad mayor, de las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos.

Por otra parte, de los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes, con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia[3].

[2] GÓMEZ MARTÍN, Incitación al Odio y Género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC). Nº 18-20, 2016, pp. 2-3.

[3] La STS 259/2011, de 21 de abril, caso que se denominó "Librería Kalki", ya había acotado el tipo penal del art. 510 CP: «Principalmente después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente tras la constatación de algunos de los hechos cometidos bajo el nazismo, se consideró necesaria la reacción de la Humanidad contra las ideas y las conductas genocidas. Lo ocurrido en la segunda mitad del Siglo XX, e incluso en la década ya consumida del siglo XXI, demuestra que la configuración de métodos, sistemas o medidas de reacción contra el peligro de que esas conductas se ejecuten nuevamente sigue siendo imprescindible. Y no solo desde proclamaciones más o menos contundentes, sino mediante políticas activas, bien de carácter positivo a través de la educación, formación e información; o incluso llegando a la sanción penal para los casos más graves. Todas ellas orientadas a evitar el arraigo y el desarrollo de ideas elaboradas desde la discriminación de determinados grupos o de personas por su pertenencia a ellos, que incluyen sentimientos de menosprecio, e incluso odio, que la experiencia pone de manifiesto que pueden evolucionar hacia conductas violentas nuclearmente contrarias a la dignidad humana.(...) El artículo 510, por su parte, sanciona a quienes provocaren a la discriminación , al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos recogidos en el precepto. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo».

II. DELITOS DE DISCRIMINACIÓN

La rúbrica del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del Código penal, «De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», sirve para englobar diferentes delitos que sólo tienen en común el que su realización se produce por utilización abusiva de algunos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución, como el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21) o el derecho de asociación (art. 22), o por limitar o conculcar otros derechos fundamentales como el de la libertad religiosa y las creencias religiosas (art. 16) y el derecho a no ser discriminado (art. 14).

En la Sección 1ª del Capítulo IV se tipifican los delitos de discriminación. La no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social constituye uno de los derechos fundamentales de la persona por el hecho de serlo y está recogido en todas las declaraciones básicas de derechos fundamentales, tanto nacionales, como internacionales. Así lo reconocen expresamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 2) y la Constitución española de 1978 (art. 14). Complemento de este derecho es el principio de igualdad que impide cualquier tipo de discriminación, ya que ni la raza, ni el nacimiento, ni el sexo, ni las creencias, etc., pueden determinar diferente trato en las personas. La condición humana aparece, pues, como un todo indivisible ante el Ordenamiento jurídico.

Las figuras relacionadas con la discriminación y la xenofobia han sufrido una importante modificación en la reforma operada por LO 1/2015, que ha dado nueva redacción a los artículos 510, 511 y 512 y ha introducido un nuevo artículo 510 bis, destinado a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito previsto en el artículo 510. En el actual art. 510 del C. P. se incluyen tres clases distintas de delitos, que son los delitos de odio, delitos de discriminación y delitos de racismo y xenofobia. En cuanto al sujeto pasivo de tales conductas el mismo es común, ya que está referido a un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, siempre que la conducta de que se trate se realice por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Se añade con la nueva regulación la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada, aunque por razón de su adscripción al grupo, o parte del grupo, en cuestión; así mismo se introducen matizaciones respecto a la descripción del elemento subjetivo que forzosamente deben concurrir en la actuación del sujeto activo del delito. También se añade el concepto de la identidad sexual frente al anterior de orientación sexual, por lo que extiende la punición a supuesto de transfobia, y sustituye el término minusvalía por el de discapacidad, ello en consonancia con la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia[4].

1. Provocación a la discriminación

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 510.1 del C.P, tipifica tres conductas punibles:

a) En el apartado a) del artículo 510.1 CP, se castiga el fomento, la promoción o incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo (un grupo o individuos pertenecientes a él) por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad.

MUÑOZ CONDE[5] señala que en este apartado se castigan conductas provocadoras con motivación discriminatoria de grupos y personas pertenecientes a esos grupos. Se trata de conductas que están en los límites de la participación intentada de una discriminación efectiva y que se castigan aunque no se produzca ésta. Pero el apartado a) exige que «públicamente» fomenten, promuevan o inciten, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación o violencia y exige una motivación que puede ser racista, o discriminatoria por razón de la ideología, religión, creencias, situación familiar, etnia, nacionalidad, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad. Al incluir también la incitación «indirecta», el precepto va más allá del concepto de apología que da el art. 18,1, que exige para que la apología sea delito como

[4] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. UNED Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCrim), 3. ª Época, n. º 12 (julio de 2014), p. 174.

[5] MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 20ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015; p. 680.

forma de provocación el que por su naturaleza y circunstancias constituya una «incitación directa a cometer un delito», pero la STC 214/1991, de 17 de diciembre, refiriéndose concretamente a la apología del genocidio (anterior art. 607.2 CP), consideró que era suficiente para justificar el castigo de estas conductas el que las mismas supongan una incitación indirecta o provoquen de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia.

b) La letra b) del artículo 510.1, castiga a quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Estas conductas no tienen precedente en el Código Penal anterior a la reforma de 2015, y castiga comportamientos preordenados a la realización de la conducta. Serían comportamientos previos a los de la letra anterior y constitutivos de un menor desvalor jurídico-penal. VIVES ANTÓN[6], señala que en la nueva regulación se equiparan, pues, conductas bien distintas, hasta el punto de asimilar la distribución con la posesión para la distribución, una conducta que estima que se encuentra en una fase anterior a la que el Tribunal Constitucional consideró como punto de arranque para poder castigar penalmente en la regulación anterior.

c) Las conductas sancionadas en el art. 510.1 letra c), consistente en negar, trivializar gravemente o enaltecer, públicamente en los tres casos, los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus

[6] VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 670.

miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

En este apartado se incluyen y se amplían las conductas que antes de la reforma de 2015 se tipificaban exclusivamente como apología del delito de genocidio, incluyendo también la de los delitos de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Las conductas típicas consisten en negar, trivializar gravemente o enaltecer estos delitos, o enaltecer a sus autores, siempre que se cometan por motivos racistas o discriminatorios contra grupos o contra una persona determinada por su pertenencia a esos grupos. La inclusión del llamado «negacionismo» entre estas conductas, es decir, el simple hecho de negar que se hayan cometidos estos delitos, fue considerada por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, como inconstitucional en relación con la anterior apología del genocidio, pero dicha sentencia dejó abierta la posibilidad de que se pudiera castigar en la medida en que la negación de estas conductas fuera un medio idóneo para promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, que es lo que castiga ahora este precepto.

2. Delitos contra la integridad moral y de enaltecimiento con finalidad discriminatoria

Tras la reforma de 2015 se castiga en el apartado 2 del art. 510, con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, una serie de conductas que en sí mismas constituyen delitos contra la integridad moral o de enaltecimiento referidas a los grupos y personas mencionados en el art. 510. En este apartado se tipifican dos conductas de diferente contenido.

Por un lado, en la letra a) se castiga a quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de los grupos o personas mencionados en el art. 510; y a quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de dichas personas. Esta conducta, que no se recoge en la Decisión Marco antes señalada, se ha introducido como una modalidad equivalente a los delitos contra la integridad moral que se tipifican en el Título VII. La razón de su

incriminación no es ya sólo el enaltecimiento de conductas delictivas, que se castiga en la letra b) de este apartado segundo, sino la humillación de sus víctimas[7].

Como ya se puso de relieve en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, en muchos casos el enaltecimiento de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, se hace a costa de la humillación de las víctimas, argumento que se repite en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. MUÑOZ CONDE[8], señala que es discutible aquí el castigo de la posesión con finalidad de distribución o difusión de material idóneo para provocar la humillación. El Tribunal Constitucional tiene dicho que ni la apología de los verdugos, ni las manifestaciones vilipendiadoras, ni la humillación de las víctimas integran el derecho a la libertad de expresión (SSTC 214/1991, de 17 de diciembre; 176/1995, de 11 de diciembre; 235/2007, de 7 de noviembre). Eso es algo que está fuera de toda duda. CUERDA ARNAU[9] señala que la cuestión es si no basta con los delitos de injurias o contra la integridad moral para tutelar a las víctimas y si castigar, como aquí se hace, la tenencia de libros es compatible con un régimen de libertades.

Por otro lado, en la letra b) se castiga a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra los grupos o personas y con las motivaciones mencionadas en el art. 510, siempre que no se trate de los delitos incluidos en la letra c) del apartado 1.

a) Tipos cualificados.

En el párrafo último del apartado 2 se contiene una cualificación (uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses) para los hechos previstos en ese apartado cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

En el apartado 3 se dice que las penas previstas en los apartados anteriores, 1 y 2, se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas. Y en el apartado 4 se contiene otra cualificación cuando los

[7] CHACÓN LEDESMA, Delitos de odio y discriminación en el Código Penal. I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio. Córdoba. Noviembre 2016. Enlace: http://federacionkamira.es/wp-content/uploads.

[8] MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 678.

[9] CUERDA ARNAU, Delitos contra la Constitución en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.) Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 668

hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, en cuyo caso se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

El apartado 5 dispone que en todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

b) Medidas.

En el apartado 6 se dispone que el juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos. En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

c) Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La reforma de 2015 prevé en el art. 510 bis la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con los delitos tipificados en el art. 510 (en realidad el art. 510 bis se remite a «los dos artículos anteriores», aunque la referencia al art. 509 parece ser más bien un error material del legislador).

El art. 510 bis CP establece:

> *"Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33".*

3. Discriminación en los servicios públicos.

El artículo 511 del CP, establece:

> *"1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.*
>
> *2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad*".

La conducta típica consiste en denegar una prestación pública a la que tenga derecho una persona física o jurídica, por parte de un funcionario o un particular encargado de un servicio público, por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad. Se trata así de un delito doloso, de mera actividad, que puede cometerse por acción (denegando) u omisión (no revocando la denegación), en el que se castiga la realización de conductas discriminatorias en el acceso al disfrute de un servicio público que le corresponde a alguien en virtud de la normativa administrativa, por alguno de los motivos que, taxativamente, son descritos en el tipo penal.

4. Discriminación profesional o empresarial

El artículo 512 del CP, tipifica la denominada discriminación profesional o empresarial,

> *"Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años".*

La conducta típica es prácticamente idéntica a la contenida en la infracción del artículo 511 del CP, por lo que, en relación con la tipicidad objetiva y subjetiva, nos remitimos a lo expuesto anteriormente. Las diferencias entre las infracciones de los artículos 511 y 512 CP radican en los sujetos (activo y pasivo) y en el objeto material. En el delito previsto en el art. 512 CP puede ser sujeto activo cualquier persona que deniegue una prestación en el desempeño de su actividad profesional o empresarial, sin que la prestación a la que se tenga derecho sea de carácter público. Asimismo, el delito

de denegación discriminatoria en el sector privado excluye incomprensiblemente a las personas jurídicas como eventuales sujetos pasivos, a pesar de ser perfectamente imaginables situaciones de discriminación contra ellas.

Especial dificultad de este tipo delictivo lo entraña la referencia a una prestación a la que se tenga derecho, sin que haya una concreción normativa de dicho derecho. Parece, pues, que estos supuestos van referidos a situaciones donde, en principio, todo el colectivo social puede ser beneficiario de una prestación, pero la denegación provenga de un motivo discriminatorio a los que alude el tipo penal.

III. CONSIDERACIONES DOCTRINALES A LA CRIMINALIZACIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO.

Como hemos señalado, el nuevo artículo 510 CP es más amplio que su precedente porque no sólo incorpora la conducta antes prevista en el artículo 607.2 CP, sino porque el legislador ha decidido castigar cualquier conducta que de manera directa o indirecta incite o favorezca las actitudes y sentimientos xenófobos o discriminatorios, yendo indiscutiblemente mucho más allá de lo obligado por la Decisión Marco 2008/913/JAI. CUERDA ARNAU[10] plantea que el adelantamiento de la intervención penal que se ha producido supone, en unos casos, problemas de colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión y, en otros, consecuencias difícilmente compatibles con el principio de prohibición de exceso y, más concretamente, con las exigencias de Delitos contra la Constitución, intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto derivadas del mismo. No se olvide que el anterior artículo 607.2 CP ya tuvo que afrontar una cuestión de inconstitucionalidad que se zanjó con una sentencia interpretativa (STC 235/2007, de 7 de noviembre), en la que, por cierto, se encuentra el origen de algunas referencias típicas con las que el legislador ha pretendido eludir objeciones de inconstitucionalidad.

Junto a la ampliación del ámbito típico, se incrementan sustancialmente las penas, que, en virtud de lo dispuesto en el número 4 del artículo 510 pueden llegar a los 6 años de prisión. Además, en todos los casos es obligado imponer una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativo, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un tiempo superior de hasta 10 años al de la duración de la pena impuesta. Por otra parte, obsérvese que se impone la destrucción, borrado o inutilización de los libros,

[10] CUERDA ARNAU, Delitos contra la Constitución, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 667.

archivos, etc., consecuencia que, por las evocaciones que sugiere, no deja de producir cierta inquietud.

El precepto, antes y, en mayor medida, ahora, ha suscitado un enconado debate doctrinal entre quienes se muestran decididamente favorables a la intervención penal en este ámbito y quienes se manifiestan en contra o, al menos, muestran los recelos que suscita castigar conductas en ocasiones muy cercanas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ señala que la doctrina penal ha discutido ampliamente dicha cuestión analizando si los anteriores artículos 510 y 607.2 del Código Penal suponían una intervención injustificada del ius puniendi del Estado y en consecuencia, violaban la libertad de expresión, siendo la opinión mayoritaria partidaria de considerar que tal derecho fundamental encuentra sus límites en manifestaciones innecesarias que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro, correspondiéndose tal opinión doctrinal con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[11].

El debate, sin embargo no está finalizado porque debe deslindarse de forma adecuada el plano de la libertad de expresión del de la inocuidad, ya que una sociedad democrática exige la defensa de los distintos discursos políticos, no siendo factible castigar la mera expresión de una ideología política aunque ésta sea antidemocrática. Además no deben descuidarse las consecuencias que para el Estado Democrático de Derecho puede conllevar el que se ha denominado «efecto desaliento», en el sentido de que exponía la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999, al referir que una reacción penal excesiva puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión o de información, "*(...) ya que sus titulares sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada*", por lo que exige proporcionalidad en la reacción penal[12]. Así, el propio TC señala que con la medida punitiva se persigue desalentar la ejecución de un comportamiento reprochable, pero una pena excesiva o desproporcionada puede generar otros efectos, que podrían calificarse como concomitantes o colaterales, y que

[11] RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. UNED Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCrim), Nº 12 (julio de 2014), p. 174.

[12] STC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999. Recurso de amparo 5.459/1997. Contra Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que condenó a los recurrentes como autores de un delito de colaboración con banda armada. Vulneración del derecho a la legalidad penal: principio de proporcionalidad. Votos particulares. BOE 197de 18 de agosto de 1999.

desalentarían el ejercicio legítimo de los derechos a la libre expresión e información, y a la participación en los asuntos públicos, lo que tiene una indudable trascendencia ya que cuando la conducta lícita en ejercicio de un derecho fundamental se desalienta, se plantea un grave problema desde la óptica de que los poderes públicos no pueden desanimar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que se encuentran por el contrario obligados a promoverlo[13].

IV. CONCLUSIONES

Merece la pena concluir con unas palabras para la reflexión, publicadas por el TS tras el fallo de la STS 259/2011, Sala 2ª de lo Penal, de 12 de Abril de 2011 ("Librería Kalki") que absolvió por los delitos del art. 510.1, 51.5.2 y 607.2 CP a los acusados que habían sido condenados en primera instancia: "*El eterno debate del Derecho Penal moderno, que desembocó en la máxima de que sólo se castigan los actos y no las ideas o las personas en si mismas consideradas, se pone a prueba en los delitos del odio, ya que, indudablemente, son las ideologías del odio las reprobables penalmente. El adelanto de la barrera punitiva que suponen los tipos penales de estas características no debería ser neutralizado al amparo de una libertad de expresión, que, en definitiva y para estas ideologías, forma el caldo de cultivo del odio y que, tarde o temprano, se traduce en horrendos crímenes como los recientes atentados de Noruega (julio 2011), ante la impávida mirada de un Derecho Penal que no pudo realizar unas de sus funciones básicas como es la de prevenir el delito y que se muestra impotente ante una adecuada represión del mismo*".

BIBLIOGRAFÍA

CHACÓN LEDESMA, Delitos de odio y discriminación en el Código Penal. I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio. Córdoba. Noviembre 2016. Enlace: http://federacionkamira.es/wp-content/uploads.

CUERDA ARNAU, Delitos contra la Constitución en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.) Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

DE DOMINGO PÉREZ, La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento». Dialnet. Revista de estudios políticos, Nº 122, 2003.

[13]DE DOMINGO PÉREZ, La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento». Dialnet. Revista de estudios políticos, Nº 122, 2003, p. 151.

GÓMEZ MARTÍN, Incitación al Odio y Género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC). 18- 20, 2016.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 20ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015. UNED Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCrim), 3. ª Época, n. º 12 (julio de 2014).

VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte Especial, 4ª Edición actualizada a la LO 1/2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

* * * * * *

Silvia Vivó Cabo

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia de la FICP.

~Tutela judicial efectiva: derecho a un proceso sin dilaciones indebidas~

Resumen.- En el presente trabajo se aborda el derecho a un proceso con todas las garantías desde un enfoque constitucional y penal. Así se ha considerado su concepción garantista de protección de los derechos fundamentales frente a posibles abusos estatales. El objetivo fundamental de análisis se centra en la incidencia de la posible vulneración del derecho fundamental a un proceso justo. En efecto, nos encontramos ante un derecho de formulación constitucional autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que si éste se completa con el acceso a la jurisdicción y la consiguiente obtención de resolución judicial motivada y fundada, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas parte de la necesidad de establecer un equilibrio entre el debido funcionamiento de la actividad jurisdiccional para la obtención de un resultado justo y equilibrado a través del correspondiente procedimiento judicial, y por otra parte, la exigencia de que esa resolución judicial se obtenga en el tiempo más breve posible.

Palabras Clave.- Tutela judicial efectiva, dilaciones indebidas, acceso al proceso, indefensión, proceso justo, circunstancia atenuante.

I. INTRODUCCIÓN

El tiempo es un bien escaso y valioso en cualquier aspecto de la vida y, por supuesto también, en el mundo del derecho y dentro de éste my especialmente en el plano procesal. Uno de los males que siempre se atribuyen a la Administración de Justicia es la lentitud. El tiempo en que la Justicia se administra es uno de los factores de que depende su eficacia en la práctica. Nuestro Tribunal Constitucional así se ha pronunciado desde sus primeras sentencias, que el derecho a la tutela judicial efectiva no puede entenderse *como algo desligado en el tiempo, sino que ha de otorgarse por los órganos judiciales dentro de los razonables términos temporales en que las personas reclaman esa tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos*[1].

La tutela judicial efectiva es uno de los derechos reconocidos con el rango de fundamental por el artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante CE) "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*". Sistemáticamente, dicho artículo se encuentra ubicado en la

[1] SSTC 24/1081, Sala 1ª, de 14 de julio, FJ 3; 18/1983, Sala 2ª, de 14 de marzo; 133/1988, Sala 1ª, 4 de julio; 124/1999, Sala 1ª, de 28 de junio; 198/1999, Sala 1ª, de 25 de octubre; 220/2004, Sala2ª, de 29 de noviembre; 142/2010, Sala 2ª, de 21 de diciembre; 54/2014, Pleno, de 10 de abril; 89/2014, Sala2ª, de 9 de junio; 99/2014, Sala 2ª, de 23 de junio; 129/2016, Sala 1ª, de 18 de julio.

Sección 1ª "De los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas", del Capítulo II "Derechos y Libertades", del Título I "De los Derechos y Deberes Fundamentales".

Como se desprende de dicho precepto, la tutela judicial efectiva debe obtenerse en el marco de un proceso judicial. La actividad de los órganos judiciales debe estar inspirada en su garantía desde el inicio de las actuaciones. Manifiesta es este ámbito la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 2002[2]: "Este Tribunal ha declarado reiteradamente, desde nuestra temprana sentencia del Tribunal Constitucional 19/1981, de 8 de junio EDJ 1981/19, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española comprende primordialmente el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 115/1984, de 3 de diciembre, FJ 1 EDJ 1984/115; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 2 EDJ 1996/9685; 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3 EDJ1997/143; 132/1997, de 15 de julio, FJ 2 EDJ 1997/4892), por lo que se erige en elemento esencial de su contenido el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. No obstante, este derecho resulta satisfecho también con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial (sentencias del Tribunal Constitucional 154/1992, de 19 de octubre, FJ 2 EDJ 1992/13768; 18/1994, de 20 de enero, FJ 6 EDJ 1984/18; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 3 EDJ 1999/5109; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2 EDJ 1999/6887; 115/1999, de 14 de junio FJ 2 EDJ 1999/11280; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2 EDJ 2000/20478; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4 EDJ 2001/6243; entre otras muchas), pues al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente (SSTC 185/1987. de 18 de noviembre, FJ 2 EDJ 1987/185; 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3 EDJ 2000/8887; 201/2001, de 15 de octubre, FJ 2 EDJ 2001/38162)".

[2] STC 182/2002, Sala 2ª, S 14-10-2002.

Estamos ante un derecho de formulación constitucional autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva, de tal manera que si éste se completa con el acceso a la jurisdicción y la obtención en ella de una resolución judicial fundada, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas parte de la necesidad de establecer un equilibrio entre el desenvolvimiento de la actividad judicial requerida para la resolución del proceso y, por otro, la exigencia de que esa resolución llegue y sea dispuesta en el tiempo más breve posible.

Este derecho no lleva implícita la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales dispuestos para el desarrollo de la actividad judicial, sino exclusivamente que los distintos trámites procesales hasta su finalización tengan lugar en un plazo razonable. Para determinar qué se entiende por plazo razonable, exige efectuar una valoración caso por caso, en la que sean considerados aspectos particulares tales como la complejidad de la causa, la mayor o menor dificultad de la investigación, la duración normal de procesos similares, el comportamiento favorecedor o entorpecedor de las partes o incluso las circunstancias del órgano judicial actuantes. Las dilaciones han de estar referidas exclusivamente a acciones o inacciones radicadas dentro del proceso penal, por lo que no tendrá virtualidad alguna el tiempo que haya podido transcurrir desde la comisión del delito hasta la incoación del proceso penal. Por otra parte, solo serán relevantes a los fines de este derecho las paralizaciones que se produzcan desde el momento en que una persona se encuentra formalmente imputada o, si fuera anterior, desde que se haya adoptado algún tipo de medida que afecte su situación personal o patrimonial, pues hasta que esa situación procesal no se produzca no puede considerarse que le asista derecho alguno a exigir una pronta finalización de la causa.

II. CONCEPTO DE DILACIONES INDEBIDAS.

En la práctica diaria de los tribunales, nos encontramos que la duración de los procesos no es la deseada, puesto que en muchas ocasiones, se dilatan más de lo necesario o esperable, en función de la complejidad del asunto y las circunstancias del caso.

Esto es debido a muchos factores, como el propio comportamiento de los litigantes, pero también, y ello es lo más frecuente y grave, a la falta de medios materiales y humanos de los juzgados, los cuales no pueden absorber de una manera eficiente la carga de trabajo que se les encomienda.

GIMENO SENDRA proporciona una definición de este derecho fundamental: «En una primera aproximación, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede concebirse como un derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos del Derecho Privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias »[3]

Podemos definir un proceso sin dilaciones indebidas como aquél que se desenvuelve en condiciones normales, dentro del tiempo razonable o prudencial y en el que los intereses litigiosos pueden recibir una pronta satisfacción. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no hay una norma que determine aquello que debe entenderse por una duración razonable del procedimiento.

Admite el Tribunal Supremo que el concepto de dilación indebida es abierto y que requiere una valoración específica en cada caso para conocer si se debe apreciar o no. Dicho estudio deberá centrarse también en si se ha producido una "efectiva lesión", un perjuicio, más allá del propio retraso en el enjuiciamiento, ya sea por causa de las circunstancias del autor del hecho delictivo o porque el interés social en la condena es menor.

También el Tribunal Constitucional ha advertido, desde fecha muy temprana, que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado o abierto, cuyo contenido concreto debe establecerse en cada caso atendiendo a criterios congruentes con su enunciado genérico[4]. Con todo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido paulatinamente concretando qué es una dilación indebida y cuáles son los cánones o criterios que en su examen deben ser considerados.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se puede equiparar con un hipotético derecho fundamental a que los plazos se cumplan y, tampoco a que las secuencias del proceso se ajusten estrictamente a las dimensiones temporales fijadas en las normas procesales. La dilación indebida no se produce por el mero incumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

[3] GIMENO SENDRA, V. Constitución y Proceso. Madrid: Tecnos, 1998, p. 136.
[4] STC 36/1984, Sala 2ª, S 14-03-1984.

Los factores o criterios a tener en cuenta para valorar si el plazo de tramitación procesal excede de lo razonable, según jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos asumida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, son variadas, recogiéndose como tales:

A) La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas.

B) Los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo en igual período temporal.

C) La conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso.

D) El interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes.

E) La actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles[5].

Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 1978 (caso Köning) afirmó que el carácter razonable de la duración de un procedimiento, de los previstos en el artículo 6 párrafo 1 del Convenio, debe aplicarse en cada caso y de acuerdo con sus circunstancias. Al averiguar si la duración de un proceso penal ha sido razonable, el Tribunal tomó en consideración, entre otras cosas, la complejidad del caso, el comportamiento del demandante y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades. Parámetros igualmente contemplados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a la hora de calificar la dilación indebida. La complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del mismo se siguen para las partes son, ciertamente, criterios desde los que debe llenarse de contenido el concepto de plazo razonable[6]. Serán, en definitiva, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 10 de noviembre de 1995[7], las circunstancias de cada caso, los factores objetivos y subjetivos influyentes, los que facilitarán la concreción del abstracto e indeterminado concepto jurídico de la dilación, abriéndose, así, a la elaboración jurisprudencial un amplio espacio regido, en su concreción casuística, por un criterio de circunstancialidad.

[5] STS 2019/1993, Sala 2ª, S 20-09-1993.
[6] STC 5/1985, Sala 2ª, S 23-01-1985.
[7] STS 1114/1995, Sala 2ª, S 10-11-1995.

Especial referencia debe hacerse a la complejidad del proceso que supone tener en cuenta los hechos y el fondo de la cuestión de la pretensión formulada y la inseparable urgencia de adoptar una decisión. La dilación no es indebida si es consecuencia y proporcional a la complejidad del litigio. Sin embargo, es difícil determinar apriorísticamente qué es complejo, pero a nadie se le escapa que existen materias concretas que pueden ser más complejas y que justifiquen un tratamiento más dilatado y pausado en el tiempo. Por ejemplo, la instrucción de los delitos económicos podría ser un supuesto de asuntos complejos porque requieren minuciosos informes periciales e investigaciones incluso más allá de nuestras fronteras, pero ello no significa que todo proceso penal por delitos económicos es siempre complejo. En algunos procesos penales la práctica de diligencias de investigación requiere más tiempo, en otras ocasiones el debate jurídico es complejo por las excepciones de fondo; otras veces, la complejidad puede venir determinada por el número de partes implicadas, etc... En esta línea, el artículo 324 de la Lecrim modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, fija por primera vez plazos para la instrucción, a priori máximos, pero esencialmente prorrogables, de 6 meses para los asuntos que entiende "sencillos" y 18 para los que son "complejos" según dispone en el número 2, pero se prevé una prórroga muy flexible.

III. CONTENIDO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

Para la doctrina española la tutela judicial efectiva, plasmada en la Constitución Española, "tiene un contenido complejo, que incluye los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los Tribunales, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto"[8].

1. Acceso al proceso.

El derecho de acceso a la justicia se configura como aquel poder que consiste en promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; este componente se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que converja en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas al interior de un proceso.

El que se considera titular de un derecho o interés legítimo podrá invocarlo ante los órganos judiciales, sin más restricciones, que las establecidas por la Ley. Son

[8] PICÓ I JUNOY, J. Las garantías constitucionales del proceso, Ed.: Bosch, 2011, p. 40.

titulares del derecho de acceso «todas las personas». En consecuencia y siempre que gocen de capacidad para ser parte[9], lo son todos los sujetos privados, tanto personas físicas como jurídicas.

2. Obtener una resolución fundada en derecho.

El derecho a obtener una resolución fundada en derecho a su vez contempla el principio de motivación de las resoluciones judiciales. Cuando un juez emite un pronunciamiento es necesario que las partes conozcan el proceso mental que lo ha llevado a establecer las conclusiones que contiene dicha resolución, y por ello, toda resolución debe tener una estructura racional y detallada. De manera que la parte tiene derecho a obtener una resolución sobre el fondo del proceso, jurídicamente motivada, a través de su formulación en los fundamentos de derecho de la resolución. En consecuencia, supondrá una violación de este derecho aquella resolución que revele una evidente contradicción interna entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo.

3. Utilizar los recursos legalmente previstos.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1ª 322/1993, de 8 de noviembre de 1993[10], la tutela judicial efectiva comprende igualmente "el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento prevea en cada caso con los requisitos legalmente establecidos". Eso significa que no existe el derecho a recurrir sino cuando la ley establezca unos recursos, de modo que sería inconstitucional la inexistencia de recursos. Además, cabe resaltar que se prohíbe la *reformatio in peius*, esto es, la sentencia de segunda instancia no puede ser más gravosa para el apelante que la sentencia de primera instancia (salvo el caso de que se estime la apelación de la parte contraria o la impugnación que hace ésta).

No obstante, considera el Tribunal Constitucional que el ámbito del recurso de amparo no alcanza a revisar los pronunciamientos referidos a la inadmisión de recursos, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria, salvo en aquellos casos en los que la interpretación o aplicación de los requisitos procesales llevada a cabo por el Juez o Tribunal, que conducen a la inadmisión del recurso, resulte arbitraria, manifiestamente irrazonable, o incurra en un error de hecho patente[11].

[9] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Cuadernos de derecho Público, núm. 10, mayo-agosto 2000. Madrid, p. 15.
[10] STC 322/1993, Sala 1ª, S 8-11-1993.
[11] STC 74/2003, Sala 1ª, S 23-04-2003.

4. Efectividad de las resoluciones judiciales.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada es una manifestación de la tutela jurisdiccional, pues busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones

En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con la actividad judicial, pero eso no siempre es bastante cuando se trata del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas porque una resolución judicial dictada tardíamente, antes incluso del amparo constitucional, no repara una dilación indebida que ya se ha producido aunque no haya agotado todos sus efectos. Que el órgano judicial dicte finalmente la resolución esperada es algo que sólo pone fin a la dilación padecida, pero la lesión del derecho fundamental no puede entenderse efectivamente reparada con esa resolución judicial. Por tanto, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se refiere a la posibilidad de acceso a la Jurisdicción, y tampoco a la obtención de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, sino a la "razonable" dimensión temporal del procedimiento en obtener esa respuesta jurídica y, en hacerla ejecutar igualmente si fuera necesario sin dilación indebida.

IV. VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS.

Para que los tribunales de la jurisdicción ordinaria aprecien y, en su caso, dispongan la reposición de situaciones vulneradoras del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, viene exigiéndose que se compruebe un retraso o paralización en los trámites del proceso que excedan de los que, a partir de circunstancias como el tipo de procedimiento, el número de encausados o la complejidad de los hechos y su investigación, pueda considerarse como un tiempo razonable, y también que en ese retraso no hayan tenido una intervención decisiva obstruccionista la parte que denuncia la vulneración del derecho. Formalmente sería exigible además una conducta positiva de la parte afectada por la dilación, encaminada a instar del órgano judicial una pronta finalización del proceso; sin embargo, la jurisprudencia más reciente viene exonerando la acreditación de este tipo de actividad con el argumento de que el deber de impulso recae sobre el órgano judicial y porque el inculpado no se le puede exigir que renuncie a los beneficios de una eventual prescripción o una rebaja de pena.

Una vez comprobada la vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y éstas han sido ajenas a la parte que lo invoca, se procede a la rebaja de la consecuencia de pena, circunstancia que viene siendo reconocida desde el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, con la cobertura de la atenuante analógica del actual artículo 21.7 del Código Penal, y con una reducción de la pena proporcionada a la entidad de la infracción, pudiendo llegar a ser considerada como una atenuante muy cualificada. Desde la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, las dilaciones indebidas en el proceso tienen un expreso reflejo legal, con la introducción de la circunstancia atenuante del artículo 21.6 del Código Penal.Tras la reforma, la circunstancia atenuante analógica nº 6 del artículo 21 pasa a ser la 7ª.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Cuadernos de derecho Público, núm. 10, mayo-agosto 2000. Madrid.

GIMENO SENDRA, V. Constitución y Proceso. Madrid: Tecnos, 1998.

PICÓ I JUNOY, J. Las garantías constitucionales del proceso, Ed.: Bosch, 2011.

EDJ 2002/41201 Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 14-10-2002, nº 182/2002, BOE 271/2002, de 12 de noviembre de 2002, rec. 2720/1990. Pte: Pérez Vera, Elisa.

EDJ 1984/36 Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 14-03-1984, nº 36/1984, BOE 80/1984, de 3 de abril de 1984, rec. 395/1982. Pte: Rubio Llorente, Francisco.

EDJ 1993/8062 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 20-09-1993, nº 2019/1993, rec. 466/1992. Pte: Granados Pérez, Carlos.

EDJ 1985/5 Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 23-01-1985, nº 5/1985, BOE 37/1985, de 12 de febrero, rec. 720/1983. Pte: Arozamena Sierra, Jerónimo.

EDJ 1995/6389 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 10-11-1995, nº 1114/1995, rec. 2569/1994, Pte: Soto Nieto, Francisco.

EDJ 1993/9992 Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 8-11-1993, nº 322/1993, BOE 295/1993, de 10 de diciembre, rec. 338/1991. Pte: Vega Benayas, Carlos de la.

EDJ 2003/8899 Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 23-04-2003, nº 74/2003, BOE 118/2003, de 17de mayo, rec. 2263/2000. Pte: Delgado Barrio, Francisco Javier.

* * * * * *

3. Comentarios de jurisprudencia

Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago

Secretario de Estado de Justicia. Socio de la FICP.

~Revocación de la condena de agresión sexual a favor del abuso sexual a pesar de confirmar el concurso real por delito doloso de lesiones~[1]

Identificación.- *Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 2/2018, de 27 febrero 2018 (LA LEY 21568/2018). Ponente D. Francisco Javier Fernández Urzainqui.*

Resumen del fallo.- La sentencia estima parcialmente el recurso del condenado, revoca la condena por agresión sexual y condena por abuso sexual confirmando la condena por delito doloso de lesiones en concurso real.

Disposiciones aplicadas.- Art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) y arts. 147 (LA LEY 3996/1995), 178 (LA LEY 3996/1995), 179 (LA LEY 3996/1995) y 181 CP. (LA LEY 3996/1995)

I. ANTECEDENTES DE HECHO

En el caso concreto enjuiciado, el TSJ no acepta en su totalidad los hechos probados de la sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de Navarra, modificando sus párrafos sexto, séptimo y noveno para concluir sobre la inexistencia de violencia o intimidación en la acción del acusado atribuyendo las lesiones producidas en la víctima a su embriaguez y a la dinámica sexual.

Se reproducen los hechos probados indicando en los referidos párrafos las diferencias de redacción entre los expresados por la AP y los modificados por el TSJ bien parcial bien totalmente. La numeración de los párrafos es nuestra para mejor comprensión del lector.

> «1. Sobre las siete horas del día 6 de febrero de 2016, el procesado D. Rómulo se encontraba en el bar denominado Xume, sito en la Plaza de los Fueros de Alsasua (Navarra), en cuyo interior se encontraban a aquella hora numerosas personas, dado que a lo largo del día anterior y de esa misma noche se celebraba la fiesta de los quintos de la localidad, habiendo participado el procesado en esa celebración desde el mediodía del día anterior al de los hechos, consumiendo con ocasión de esa celebración numerosas bebidas alcohólicas.
>
> 2. En ese bar, y en aquel momento, se encontrada, también, D.ª Ofelia, de 27 años de edad, la cual había estado celebrando, igualmente, la citada fiesta, habiendo consumido numerosas bebidas alcohólicas desde el mediodía del día anterior al de los hechos y hasta ese momento, encontrándose, debido a ese consumo, en estado de embriaguez.

[1]

3. En un momento determinado, se dirigió Ofelia a los servicios del citado bar, accediendo al de caballeros, dado que estaba ocupado el de señoras.

4. Al mismo tiempo, se dirigió a los citados servicios el procesado, accediendo al de caballeros tras hacerlo Ofelia, en cuya compañía no había estado anteriormente; cerrando la puerta, accionando el pestillo y quedando así ambos en el interior del baño, de muy reducidas dimensiones.

5. Ofelia le preguntó qué estaba haciendo, diciéndole el acusado "qué buena estás", al tiempo que le tocaba un pecho, la cintura y las nalgas por encima de la ropa, a pesar de que aquélla le decía que no lo hiciera.

6. AP. *"El procesado, desoyendo las negativas de Ofelia y cogiéndola de los brazos, la colocó contra la pared, juntándose a ella, y, estando ambos de pie, le subió la falda, le bajó las medias y la braga y la penetró vaginalmente".*

TSJ. El procesado, desoyendo las negativas de Ofelia, se juntó a ella, la desplazó y apoyó contra la pared, y, estando ambos de pie, pegados uno a otro, le subió la falda, le bajó las medias y el tanga y la penetró vaginalmente.

(En concreto, se sustituye *"y cogiéndola de los brazos, la colocó contra la pared, juntándose a ella"*, por *"se juntó a ella, la desplazó y apoyó contra la pared").*

7. AP. *"Seguidamente, Rómulo se sentó en el inodoro, y agarrando a Ofelia la atrajo hacia él, dándole la vuelta y colocándola sobre él, golpeándose esta en la frente contra la pared al darle esa vuelta el procesado, penetrándola este de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciera una felación, negándose Nerea, momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño".*

TSJ. Seguidamente, Rómulo, asiéndola del brazo izquierdo, le dio la vuelta para invertir su posición, en una maniobra que, por efecto del impulso, de las reducidas dimensiones del recinto y del estado de embriaguez de Ofelia, le hizo perder el equilibrio, golpeándose la frente contra la pared. Situada ésta en la posición deseada, Rómulo la atrajo hacia él, prendida de la cintura, y tras sentarse en el inodoro y colocarla sobre él, la penetró de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciera una felación, a lo que Ofelia se negó; momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño.

(En concreto, se sustituye *"se sentó en el inodoro, y agarrando a Ofelia la atrajo hacia él, dándole la vuelta y colocándola sobre él, golpeándose esta en la frente contra la pared al darle esa vuelta el procesado, penetrándola este de nuevo vaginalmente"* por *"asiéndola del brazo izquierdo, le dio la vuelta para invertir su posición, en una maniobra que, por efecto del impulso, de las reducidas dimensiones del recinto y del estado de embriaguez de Nerea, le hizo perder el equilibrio, golpeándose la frente contra la pared. Situada ésta en la posición deseada, Rómulo le atrajo hacía él, prendida de la cintura, y tras sentarse en el inodoro y colocarla sobre él, la penetró de nuevo vaginalmente".*

8. En el momento de los hechos, el procesado se encontraba influenciado por la previa ingestión de bebidas alcohólicas, sin que conste la entidad de esa influencia.

9. AP. *"Debido a las escasas dimensiones del baño en el que se encontraban y de las sujeciones y maniobras del procesado para acercarse a Ofelia esta sufrió*

lesiones concretadas en un hematoma en la frente, dos hematomas de 1x1 cms. en cara posterior de tercio inferior del brazo izquierdo y tres lesiones equimóticas de 1 cm. de longitud cada una de ellas en cara posterior de brazo derecho, lesiones estas que precisaron una sola asistencia médica no constando el tiempo de curación".

TSJ. Debido a la pérdida del equilibrio y el golpe contra la pared producido en el giro a que se ha hecho antes mención, Ofelia sufrió un hematoma en la frente que tan sólo precisó una asistencia médica, no constando el tiempo de su curación. En la exploración médica presentaba también en la parte superior de los brazos equimosis susceptibles de haberse por cualquier sujeción, presión o contusión en ellos.

(nota: la sustitución del párrafo es total)

10. Como consecuencia de los referidos hechos Ofelia se encuentra desde el 15 de febrero de 2016 en tratamiento psicológico por sintomatología de ansiedad y estrés postraumático agudo con moderada sintomatología depresiva, acudiendo a dicho tratamiento de forma quincenal en la actualidad.»

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA

La doctrina del TSJ de Navarra se centra en la no apreciación de violencia e intimidación en los hechos, lo que le lleva a revocar la condena de agresión sexual e imponer una condena de abuso sexual.

Así en su FJ 9.º.1.º dice:

«1. El uso de una violencia previa y dirigida a la consecución del acceso carnal.

La sentencia recurrida ha apreciado en la actuación realizada por el acusado en el caso *"el empleo de violencia física"* sobre la víctima *"con la finalidad de vencer su negativa y obtener la ejecución de los hechos enjuiciados"*. Tras citar la jurisprudencia sobre la materia, que la aprecia en la situación de fuerza física idónea y suficiente, en las circunstancias concurrentes, para doblegar la voluntad opuesta de la víctima y conseguir el ilícito objetivo propuesto, aunque dicha fuerza no sea objetivamente irresistible, la resolución apelada declara que *"de las declaraciones prestadas por la denunciante...se desprende con la exigible certeza que para conseguir su propósito el procesado precisó el empleo de fuerza..., no excesiva, pero sí suficiente, atendidas las circunstancias concurrentes y dado el estado de embriaguez de la denunciante para vencer la negativa y oposición a su actuación que ésta expresó"*. Los juzgadores de la primera instancia aprecian dicha violencia en las siguientes acciones: cerrar el pestillo del baño e impedir a la víctima abrirlo; echarse sobre ella o aproximarse en gran medida; cogerla de los brazos inicialmente para realizar la primera penetración y agarrarla y girarla para atraerla agarrada de la cintura hacia sí y ejecutar la segunda penetración; teniendo además en cuenta que la víctima estaba ebria o borracha. En su contemplación, concluyen que *"no nos hallamos solo ante una situación de ausencia de consentimiento de la víctima, sino, además, ante actos inequívocos de violencia tendentes a no respetar su voluntad"*.

Esta Sala de apelación, que acepta como razonable y suficientemente razonada la credibilidad y verosimilitud que la sentencia de primer grado reconoce al testimonio de la víctima, no considera en cambio que de las declaraciones, al menos judiciales, de la víctima y de las lesiones equimóticas observadas en sus brazos, se desprenda o pueda inferirse indiciariamente con la consistencia de rigor la realidad de una violencia que permita la subsunción de los hechos en el delito de agresión sexual.

Esta violencia se ha identificado con el empleo de la fuerza física o energía muscular en una agresión real, mediante un acometimiento o imposición material, más o menos intensa, por medio de golpes, empujones, desgarros, etc. (SS 1145/1998, de 7 octubre y 914/2008, de 22 diciembre (LA LEY 226033/2008), del Tribunal Supremo) dirigidos a inhibir la resistencia o doblegar la voluntad opuesta de la víctima (SS 105/2005, de 29 enero (LA LEY 870/2005) y 584/2007, de 27 junio (LA LEY 60979/2007), del Tribunal Supremo); una fuerza que ha de ser previa a la acción sexual de que se trate; de carácter funcional o instrumental, en cuanto dirigida a torcer la voluntad de la víctima para que acceda a cualquier clase de relación sexual (SS 408/1997, de 31 marzo; 1012/2004, de 24 septiembre (LA LEY 14095/2004) y 584/2007, de 27 junio (LA LEY 60979/2007), del Tribunal Supremo) y suficiente o eficaz para vencerla e imponerse a ella (SS 1360/2003, de 11 octubre (LA LEY 10675/2004) y 914/2008, de 22 diciembre (LA LEY 226033/2008), del Tribunal Supremo); por lo que no integra tal violencia la energía corporal que es propia y natural del desarrollo dinámico en que el acto sexual consiste, cuando no va dirigida a aquella finalidad.

De las declaraciones de la víctima se desprende que la irrupción del acusado en el servicio, al que acababa de acceder aquélla, fue súbita e inesperada, y el inicio de su acción, inmediato e impetuoso, comenzando con tocamientos en pecho y nalgas por encima de la ropa, mientras le decía *"qué buena estás"* y ella, sorprendida le preguntaba *"qué haces"*; también, que el acusado la llevó contra la pared y se le *"echó encima"*, sin que conste la forma en que lo hizo, aunque el mayor peso, altura y corpulencia del acusado en un recinto de esas dimensiones —inferiores a 1x2m (10:39:45)— no le exigían más presión que su propio empuje, bien que eficaz, por cuanto la víctima declara que no tenía fuerza para quitárselo (11:32:05). La misma entrada del acusado obligó a la víctima a situarse por detrás de la puerta (f. 133v) y a quedar encerrada entre paredes, teniendo bloqueada su salida por el cuerpo del acusado.

La sujeción *"por los dos brazos, en la parte superior de los mismos"* sólo aparece en la declaración ante la Guardia Civil, pero en respuesta a la sugerente pregunta de si "mientras le agredía la agarró de alguna parte del cuerpo" (f. 15), por lo que no aclara ni la precedencia ni la finalidad de aquel agarre, que no puede estimarse probado fuera previo y dirigido a conseguir la inmovilización o superar la oposición de la víctima. Y —como puso de relieve el informe médico forense (11:19:10 y 11:20:20)— las equimosis observadas en los brazos de la víctima son lesiones contusivas inespecíficas que pudieron haberse causado esa noche con cualquier sujeción o presión sobre ellos (11:19:10 y 11:19:55 y 11:20:20) y no sólo por una fuerza preordenada a doblegar o someter la voluntad de la víctima e imponerse a ella.

Tras la penetración vaginal de pie, el acusado le dio la vuelta para ponerla de espaldas y atraerla hacia el inodoro, asiéndola para el giro del brazo izquierdo. Es en ese giro donde la víctima se golpeó contra la pared (11:30:20), pero es ella

misma quien afirma que el acusado no le golpeó queriendo (f. 137 v), sino que ella cayó con el impulso recibido porque "iba borracha" (f. 123) y a causa de su embriaguez perdió el equilibrio (f. 137), ya que —añadía— "si me da la vuelta ahora, no me doy el golpe" (f. 123). Y, a continuación, éste se sentó en el inodoro y la atrajo hacia él prendiéndola de la cintura (11:30:50), acción dirigida a orientar la posición de la víctima, que no consta realizara mediante el empleo de una fuerza dirigida a neutralizar su oposición, razón por la que tampoco puede apreciarse en ella una violencia constitutiva de violación.

La víctima sí declara que el acusado no le permitía la salida apartándole de la puerta o impidiéndole abrir el pestillo (f. 140 v), pero no dice que lo hiciera de manera violenta o mediante el empleo de una fuerza física más consistente que la mera interposición de su cuerpo o la sujeción manual del pestillo.

En suma, considera esta Sala que la valoración de los resultados probatorios no permite sustentar con razonable y suficiente consistencia la apreciación de la violencia que integra y define la agresión sexual calificada. Resulta en este sentido elocuente de la escasa consistencia de la violencia imputada el que la sentencia recurrida, que la califica de *"no excesiva"* e insiste en que *"no fue de gran intensidad"*, no vincule tampoco a los efectos de su aplicación o empleo, sino al *"estado de embriaguez"* de la víctima y al *"confusionismo"* que hubo de generarle la actitud del procesado, la falta de una mayor contundencia de aquella en la reacción.»

III. COMENTARIO FINAL

Al examinar el recurso de casación interpuesto por la acusación particular con la sentencia comentada, que pretendía la reversión de la condena a la inicial de agresión sexual, la Fiscalía del Tribunal Supremo en fecha 21 mayo 2018 decidió apoyar parcialmente su recurso al mismo fin, expresando lo siguiente, que reproducimos parcialmente, a modo de comentario:

«Primer motivo.

Denuncia el motivo que la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente por cuanto ha alterado el *factum* de la sentencia de instancia, extralimitándose de las facultades legales concedidas al TSJ como tribunal de apelación y ha introducido en el *factum* modificado de forma arbitraria, en base a una valoración directa de la prueba testifical de la víctima y del informe de sanidad, hechos que excluyen la premisa fáctica fundamento de la aplicación de la violencia cualificadora del tipo penal de agresión sexual apreciado en la instancia para revocar aquel fallo y condenar por el delito de abuso sexual.

Apoyo de la Fiscalía

1.ª) El TSJ ha variado parcialmente, de forma arbitraria, los hechos probados de la sentencia de la AP mediante la modificación parcial y total, respectivamente, de tres párrafos del referido *factum*, en base a una nueva valoración directa de la prueba personal testifical de víctima, de cuya inmediación no ha gozado, aspecto que le está vedado, según la jurisprudencia que citaremos, y no en base a un

análisis de la racionalidad de la valoración de la prueba realizada en la instancia, único campo que le está permitido en el ámbito del recurso de apelación.

En efecto, dicha mutación se realiza por el TSJ en base a una nueva valoración de aspectos de la prueba personal testifical de la víctima y del informe de sanidad.

No obstante, hay que advertir que en relación con la valoración de la prueba testifical de la víctima, el TSJ coincide plenamente con la AP al considerar la misma como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia del recurrente, al cumplir los conocidos parámetros jurisprudenciales de credibilidad, verosimilitud y persistencia (*v.gr.* STS —2.ª— 238/2011, de 21 marzo (LA LEY 14463/2011). FJ 2.º). Véase, en este sentido la desestimación de los motivos de apelación del recurrente en el que alegaba vulneración del derecho a la presunción de inocencia y criticaba el testimonio de la víctima (fundamentos de derecho cuarto a octavo de la sentencia recurrida, págs. 15 a 41).

Pero, a pesar de esta coincidencia de fondo, el TSJ entra en una valoración directa de ese testimonio, prohibida en el recurso de apelación por carecer de inmediación en la práctica de esa prueba personal, limitación que curiosamente admite el tribunal *ad quem* en el fundamento de derecho quinto.1.ª) segundo párrafo (pág. 21), de la sentencia recurrida, para realizar, contrariamente a lo que el mismo acepta, las modificaciones del *factum, que* se refieren a continuación.

Se sustituyen por el TSJ las frases del hecho probado de la sentencia de instancia siguientes, por las que se indican a renglón seguido de cada una de ellas, manteniendo con el mismo tenor literal y aceptando las no consignadas en este escrito.

(…)

2. Jurisprudencia aplicable, que marca el ámbito de recurso de apelación en cuanto a los hechos probados.

Si bien todavía no conocemos jurisprudencia que analice esta cuestión en el nuevo recurso de casación del art. 847.1.a).1.º LECrim (LA LEY 1/1882) (contra sentencias dictadas "en apelación" por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia), tras la redacción dada por la Ley 41/2015, de 5 octubre (LA LEY 15162/2015), lo bien cierto es que dada su similitud con el recurso de casación en el procedimiento del Tribunal de Jurado, al que se refería la anterior redacción del art. 847 LECrim (LA LEY 1/1882) sobre las sentencias dictadas "en segunda instancia" por dichas Salas en relación con la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo (LA LEY 1942/1995), de Tribunal de Jurado, cabe trasladar parcialmente el cuerpo jurisprudencial ya emitido en la resolución de estos recursos al nuevo, *mutatis mutandi*.

En lo que concierne al asunto debatido, la jurisprudencia ha sido clara en no admitir que en el recurso de apelación se modifiquen los hechos probados si estos derivan de una prueba personal, en cuya práctica rige la inmediación.

Sólo se admite esa modificación fáctica si la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia ha sido irracional o arbitraria.

La propia sentencia recurrida reconoce estas limitaciones en su fundamento de derecho **octavo, punto 1.º, págs. 37 y 38, si** bien encabeza su razonamiento, seguramente para justificar después su proceder desde una desacertada inteligencia de la cuestión, con una cita de la sentencia 55/2015, de 16 marzo de la

sección primera del Tribunal Constitucional, al indicar que la segunda instancia penal confiere *"plenas facultades o plena jurisdicción al tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen…no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo"* (1) .

Pero, obsérvese bien, la correcta inteligencia de la cita del Constitucional referida, en realidad, limita "las plenas" facultades o jurisdicción del tribunal *ad quem* en la apelación en cuanto al *factum* sólo *"a revisar y corregir* ***la ponderación*** (2) *llevada a cabo por el Juez a quo"*. Es decir, a analizar la valoración probatoria de ese juez desde los parámetros de la racionalidad pero no a valorar directamente la prueba personal practicada ante ese juez bajo el principio de inmediación procesal.

Ese planteamiento tiene que llevar forzosamente a la siguiente conclusión: la mutación del *factum* permitida en el recurso de apelación no puede derivar de la percepción directa de la prueba personal por el tribunal de apelación sino de la censura a la arbitrariedad o irracionalidad con la que se ha valorado esa prueba en la instancia.

Aspecto éste no respetado en la sentencia recurrida.

En apoyo de nuestra argumentación, por todas, se invocan las siguientes sentencias.

STS —2.ª— 140/2008, de 31 enero (LA LEY 17711/2008).

"El Tribunal Superior de Justicia, en las causas de Tribunal del Jurado, tiene el ámbito de revisión del hecho, que se declara probado por el Tribunal del Jurado, limitado por el art. 846 bis c) apartado e) a los casos en que la primera instancia resuelva condenando y lo haga careciendo de toda base razonable

Los enunciados fácticos de la primera instancia no pueden modificarse en la apelación si para ello ha de volver a valorar medios probatorios de índole personal atendidos para la fijación de los hechos en la primera que no se reiteran en la segunda.

En relación a la viabilidad de que, en apelación, el Tribunal Superior de Justicia pueda modificar las afirmaciones fácticas establecidas en el veredicto sin quiebra de la garantía de inmediación, publicidad y contradicción que debe reunir la asunción de prueba alcance de la garantía invocada.

En cuanto a la primera cuestión es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional desde la conocida Sentencia 167/2002 que, entre las últimas, como la 258/2007 de 18 de diciembre (LA LEY 202068/2007) se define así: '…el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración

de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas...'.

Lo que ha sido objeto de varias matizaciones ulteriores. Como la de que ello no afecta, como sigue advirtiendo esta última Sentencia del Tribunal Constitucional, a los supuestos en los que, en segunda instancia, solamente se confirma una decisión condenatoria de la primera. Pero debe reiterarse si la segunda condena lo es por un título que agrava la de la primera en virtud de la nueva determinación de los hechos probados. Y la de que tampoco ocurre aquella infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la variación del relato fáctico no se aparta del de primera instancia sino que lo completa, en respuesta a uno de los motivos alegados por el recurrente en apelación, valorando pruebas que sí pueden ser objeto de nueva valoración —como lo eran en el caso de la citada sentencia los partes de asistencia y el informe médico forense— sin necesidad de reiteración de vista oral. (Sentencia Tribunal Constitucional 272/2005 de 24 de octubre (LA LEY 10579/2006)).

Y aún es más relevante como matización a la línea general de la doctrina de la sentencia 167/2002 la de que, el Tribunal Constitucional ha precisado también en la 256/2007 de 17 de diciembre que 'Igualmente, este Tribunal ha declarado que la rectificación por parte del órgano de apelación de la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que se consideran acreditados en ésta, es una cuestión de estricta valoración jurídica que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación, puesto que se trata simplemente de efectuar una deducción conforme a reglas de lógica y experiencia, a la que ninguna garantía adicional añade la reproducción de un debate público en contacto directo con los intervinientes en el proceso' (Sentencias del Tribunal Constitucional 170/2005, de 20 de junio (LA LEY 13340/2005), FJ 3; 74/2006, de 13 de marzo (LA LEY 23363/2006), FJ 2; 43/2007, de 26 de febrero (LA LEY 6558/2007), FJ 5; 196/2007, de 11 de septiembre (LA LEY 132591/2007), FJ 2)."

STS —2.ª— 652/2014, de 10 octubre (LA LEY 155956/2014)

"(…) el tribunal de apelación no puede sustituir una valoración probatoria o una decisión acerca de la credibilidad de los testigos que no sea totalmente absurda, por la propia, basándose en que esta última es más racional o más completa o acertada que la primera.

2. Así se recordaba en la STS núm. 590/2003 (LA LEY 2047/2003), citando el contenido de la STS núm. 1077/2000, de 24 de octubre (LA LEY 11055/2000), que 'el Tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración —legalmente inadmisible— de una actividad probatoria que no ha percibido directamente, quebrantando con ello las normas del procedimiento ante el Jurado (art. 3.º LOTJ (LA LEY 1942/1995)) así como del procedimiento ordinario (art. 741 LECrim (LA LEY 1/1882)), de las que se deduce que es el Tribunal que ha presenciado el Juicio Oral el que debe valorar la prueba, racionalmente y en conciencia. Concretamente no puede el Tribunal de apelación revisar la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Jurado (testificales, periciales o declaraciones de los imputados o coimputados) a partir exclusivamente de su fragmentaria documentación en el Acta, vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de

prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Jurado por la suya propia'. En el mismo sentido la STS núm. 300/2012 (LA LEY 58016/2012).

Puede afirmarse, pues, que en estos casos, cuando así se actúa se produce una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en tanto que el Tribunal ha sobrepasado los límites que a su función le atribuyen las leyes en la interpretación jurisprudencial que esta Sala ha hecho de las mismas. Y la posibilidad de tal vulneración es controlable por esta Sala a través del recurso de casación."

Por otra parte, aunque reiteraremos el mismo planteamiento en la impugnación del segundo motivo, relativo a la infracción de ley, lo bien cierto es que dado que en este motivo se expone la arbitrariedad del tribunal de apelación en relación con el *factum*, al hilo de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación particular, queremos referirnos aquí a otra arbitrariedad de ese tribunal, tanto cometida en el *factum como* en la calificación jurídica.

Nos referimos a que también observamos una patente contradicción en el argumentario de la sentencia recurrida, al atribuir principalmente el golpe en la cabeza a la pérdida de equilibrio de la víctima por su embriaguez tras el impulso del recurrente (*véase* párrafos 7.º y 9.º del *factum* y fundamento de derecho **noveno**), lo que para el tribunal de apelación determina la no apreciación de violencia y la revocación de la condena de agresión sexual por la de abuso sexual.

Y, sin embargo, mantiene tanto en el *factum como* en su fundamentación jurídica (*cfr.* fundamento de derecho **décimo)** que el recurrente cometió un delito leve de lesiones dolosas del art. 147.2 CP (LA LEY 3996/1995), asumiendo los planteamientos del tribunal de instancia, que en base al *factum* de su sentencia atribuía inequívocamente la causación de esta lesión a la acción del recurrente y no al estado de embriaguez de la víctima y calificaba en su fundamento jurídico cuarto como delito leve de lesiones del art. 147.2 CP. (LA LEY 3996/1995)

En efecto, el fundamento de derecho **cuarto** de la sentencia de instancia, después de calificar los hechos probados también como delito leve de lesiones del art. 147.2 CP (LA LEY 3996/1995), afirma:

"Es evidente que las lesiones objetivadas en la víctima contempladas en los hechos probados, derivan de los hechos delictivos de que la misma fue objeto ***por parte del procesado*** (2) *ocasionándoselas con ocasión de sujetarla y agarrarla y darle la vuelta para colocarla sobre si con la finalidad de ejecutar los hechos constitutivos de la agresión sexual aceptando así la producción del resultado lesivo sufrido por la denunciante."*

Si la sentencia recurrida confirma la condena por el delito leve de lesiones del art. 147.2 CP (LA LEY 3996/1995) y no la revoca para condenar por un delito de lesiones imprudentes del art. 152 CP (LA LEY 3996/1995) o absolver si estimara que bien la imprudencia del recurrente fue leve o bien que su acción no es la causa de lesión sino la pérdida de equilibrio de la víctima por su estado de embriaguez, resulta racional colegir la contradicción del razonamiento del tribunal de apelación, que convierte el mismo en arbitrario.

No se puede sostener, sin incurrir en arbitrariedad, que no existe violencia porque el golpe en la cabeza tuvo como causa no sólo el impulso del recurrente sino la pérdida de equilibrio de la víctima por su estado de embriaguez y, sin embargo, al mismo tiempo confirmar la condena de la instancia en la que se califica la lesión

como delito doloso leve de lesiones del art. 147.2 CP (LA LEY 3996/1995) atribuible al recurrente, ya que la coherencia del primer argumento tendría que haber llevado a la revocación de la sentencia de instancia en este extremo para calificar el delito de lesiones bien de imprudente del art. 152 CP (LA LEY 3996/1995), si la imprudencia se consideraba grave, bien para absolver si la imprudencia se consideraba leve o se entendía que la verdadera causa de las lesiones no fue la acción del recurrente sino el estado de embriaguez de la víctima, que le hizo perder el equilibrio y determinó el golpe en la cabeza causante de la lesión.

En su consecuencia, el motivo es admisible y deberá ser estimado.

Segundo motivo

El motivo ateniéndose al *factum* de la primera sentencia de la AP, que considera debe regir en este supuesto, al invalidarse el *factum* modificado por la Sala de apelación, en virtud de la estimación del primer motivo, sostiene que se ha producido una infracción de ley o *error iuris* del art. 849.1 LECrim (LA LEY 1/1882), por aplicación indebida del art. inaplicación indebida del art. 181 CP (LA LEY 3996/1995) e inaplicación indebida de los arts. 178 (LA LEY 3996/1995) y 179 CP (LA LEY 3996/1995), al estimar que concurre en los hechos probados el sustrato fáctico de la violencia exigida en el tipo penal de agresión sexual.

El motivo merece la adhesión y apoyo del Ministerio Fiscal, conforme al art. 882 LECrim (LA LEY 1/1882), en base a las siguientes razones:

Frente a este motivo, formulamos alegaciones alternativas, bien se estime el motivo anterior, bien se desestime, ya que entendemos que tanto con el *factum* de la sentencia de instancia como de la sentencia apelada, debe apreciarse la concurrencia de la violencia o intimidación exigida en el tipo penal de agresión sexual, apreciado en la instancia, frente al abuso sexual apreciado en la apelación.

1. Delimitación jurisprudencial del concepto de violencia o intimidación en el delito de agresión sexual frente al delito de abuso sexual.

Tras la reforma penal de los delitos sexuales operada por la Ley Orgánica 10/1995 (LA LEY 3996/1995), de 30 de marzo, que suprimió quizás indebidamente el término "violación", es cierto que la penetración dejó de ser el elemento diferenciador entre las conductas más graves y leves de los atentados contra la libertad sexual, creando cierta confusión en la inteligencia popular de estos delitos, que sigue llamando violación al atentado contra la libertad sexual con penetración, e intensos debates doctrinales.

Como dice la STS —2.ª— 355/2015, de 28 mayo (LA LEY 79695/2015), FJ 15.ª, *"El error procede de la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no como sucede en el modelo de tipificación actual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es procedente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que en el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación"*.

Pero siendo la cuestión clave de este recurso el entendimiento jurisprudencial de los conceptos de violencia o intimidación diferenciadores del delito de agresión y

abuso sexuales, valga citar por todas la STS —2.ª— 754/2012, de 11 octubre (LA LEY 154513/2012), que resume acertadamente la cuestión y clarifica los conceptos, para un caso similar.

"El delito de agresión sexual requiere violencia (o intimidación), pero en modo alguno que se ocasionen lesiones. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito 'la agresión sexual ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales algunas veces no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones (STS 686/2005 de 2.6 (LA LEY 12792/2005), 28.9.96)."

En el caso presente —como con acierto destaca el Ministerio Fiscal en su documentado informe— la declaración de hechos probados describe con claridad el empleo de la violencia de la que se sirvió el acusado para lograr sus propósitos libidinosos. Así, ante la negativa de la menor…, la cogió de la manga del jersey y… la condujo hacia la parte inferior de la pasarela… el acusado… la tiró al suelo, se colocó encima de ella…, le quitó la chaqueta y con unas tijeras que había cogido de su mochila escolar, le cortó el jersey, el cual acabó rompiendo con sus manos para, a continuación, empezar a besuquearla y tocarle los pechos por encima del sujetador…

El relato histórico de la Sentencia contiene los elementos que integra el delito de agresiones sexuales del art. 178. ***El empleo de violencia se muestra ya cuando el acusado, ante la negativa de la menor, la coge de la manga del jersey y la conduce a la parte inferior de la pasarela y es patente y descarada cuando la tira al suelo, se coloca encima de ella y realiza el resto de las acciones antes precisadas*** (2) *. Recuerda la STS 749/2010, de 23 de junio (LA LEY 114118/2010): "Como exponen la SSTS 935/2006 (LA LEY 110287/2006) o 584/2007 (LA LEY 60979/2007) y los precedentes recogidos en la misma, hemos venido perfilando los elementos integrantes de la violencia a que se refiere el artículo 178 CP (LA LEY 3996/1995), entendiendo que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto". También nos dice la STS 1564/2005, de 27 de diciembre (LA LEY 10728/2006): "En general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y suficiente entidad objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, si acaso dando preferencia a este último, máxime si se tiene en cuenta que ya no se exige esa 'cuota de sangre' para acreditar la oposición de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor, ello supone valorar la vía física más con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad criterio ya superado como se ha dicho. En tal sentido SSTS de 4 de septiembre de 2000 (LA LEY 10807/2000), 21 de septiembre de 2001 (LA LEY 8364/2001), 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002 (LA LEY 1047/2003), 21 de septiembre de 2001 (LA LEY 8364/2001), 15 de febrero de 2003, 23 de septiembre de 2002 (LA LEY 1047/2003) o 11 de octubre de 2003 (LA LEY 10675/2004), entre otras muchas". Por su parte, la STS 368/2010, de 26 de*

abril (LA LEY 76146/2010) recuerda la núm. 1546/2002, de 23 de septiembre (LA LEY 1047/2003), para decir que violencia equivale a "acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima".

2. Aplicación al caso concreto.

Tanto en el caso de estimarse el primer motivo como no, es claro que procede apreciar la concurrencia de la violencia o intimidación, por las siguientes razones:

Sin necesidad de agotar la cita jurisprudencial (*cfr.* SSTS —2.ª— 380/2004, de 19 marzo (LA LEY 12796/2004), 39/2009, de 29 enero (LA LEY 2656/2009); 355/205, de 28 mayo; 761/1999, de 3 junio; 965/2013, de 19 diciembre (LA LEY 209397/2013); 553/2014, de 30 junio (LA LEY 85004/2014); 264/2015, de 7 mayo (LA LEY 55230/2015); 99/2018, de 28 febrero (LA LEY 6960/2018)), en el caso presente, entendemos que se da el elemento de la violencia e intimidación, sólo con los aspectos comunes de ambos *factums* (el de la sentencia de instancia y el de la recurrida) desde el momento que el recurrente entra en el reservado tras la víctima, cierra el pestillo, la manosea en contra de su voluntad y la coloca contra la pared, le sube la falda, le baja las medias y el tanga y la penetra, así como después la voltea para colocarla sobre él, sentado en el inodoro, y la vuelve a penetrar, causándole lesiones tanto en los brazos como en la cabeza.

La Sala de apelación ha pretendido quitar fuerza a los argumentos de la sentencia de instancia (véase fundamento de derecho **tercero** de la sentencia de instancia) mediante una modificación del *factum, que* a la postre se revela inoperativa para ese fin porque no puede obviar y de hecho acepta que el recurrente se abalanza contra la víctima en el servicio y en contra de su voluntad la somete a esos tocamientos y penetraciones mediante la sujeción de la misma en sus brazos y cintura y le produce lesiones, cuya calificación mantiene en lesiones dolosas del art. 147.2 CP (LA LEY 3996/1995) (*cfr.* fundamento de derecho **décimo, pág. 49,** de la sentencia recurrida) y no imprudentes del art. 152 CP (LA LEY 3996/1995), lo cual es importante por lo que luego se dirá.

Pretender, como sostiene la Sala de apelación, que toda esa dinámica es propia de la misma dinámica sexual (*cfr.* fundamento de derecho **noveno** de la sentencia recurrida, págs. 42 a 49) no es acertado desde el momento en que la relación **es inconsentida.**

No dudamos que puedan producirse en determinadas prácticas sexuales violencias admitidas. Pero son prácticas consentidas (*v.gr.* sadomasoquismo) o que incluso en prácticas no revestidas de ese carácter sadomasoquista puedan producirse magulladuras, hematomas e incluso lesiones.

Pero hay que partir de un presupuesto inicial incontrovertible, también admitido por la Sala de apelación pero del cual no extrae sus consecuencias más racionales, cual es que las relaciones tienen que ser consentidas.

No como ocurre en este caso, que son inconsentidas, por lo que la fuerza realizada no está legitimada en la dinámica sexual sino en la neutralización de la resistencia de la víctima, que —como resalta la jurisprudencia hasta la saciedad— no tiene que ser heroica.

Por otra parte, resulta extraño que la sentencia recurrida se diga en pág. 34, fundamento de derecho **sexto,** que *"Esta Sala no encuentra contradicciones claras acerca de* ***la violencia del acusado*** (2) *entre las declaraciones prestadas en la Guardia Civil y en el Juzgado"*, para referirse a las declaraciones de la víctima y, sin embargo, en el fundamento de derecho **noveno,** ya citado, se niegue la existencia de violencia en la acción del acusado para rebajar la misma desde el delito de agresión sexual al de abuso sexual.

También observamos una patente contradicción en el argumentario de la sentencia recurrida, al atribuir principalmente el golpe en la cabeza a la pérdida de equilibrio de la víctima por su embriaguez tras el impulso del recurrente (*véase* párrafos 7.º y 9.º del *factum* y fundamento de derecho **noveno,** ya citado), lo que para el tribunal de apelación determina la no apreciación de violencia y la revocación de la condena de agresión sexual por la de abuso sexual. Y, sin embargo, mantiene tanto en el *factum como* en su fundamentación jurídica (*cfr.* fundamento de derecho **décimo) que** el recurrente cometió un delito leve de lesiones dolosas del art. 147.2 CP (LA LEY 3996/1995), asumiendo los planteamientos del tribunal de instancia, que en base al *factum* de su sentencia atribuí inequívocamente la causación de esta lesión a la acción del recurrente y no al estado de embriaguez de la víctima y calificaba en su fundamento jurídico cuarto como delito leve de lesiones del art. 147.2 CP. (LA LEY 3996/1995)

En efecto, el fundamento de derecho **cuarto** de la sentencia de instancia, después de calificar los hechos probados también como delito leve de lesiones del art. 147.2 CP (LA LEY 3996/1995), afirma:

"Es evidente que las lesiones objetivadas en la víctima contempladas en los hechos probados, derivan de los hechos delictivos de que la misma fue objeto ***por parte del procesado*** (2) *ocasionándoselas con ocasión de sujetarla y agarrarla y darle la vuelta para colocarla sobre si con la finalidad de ejecutar los hechos constitutivos de la agresión sexual aceptando así la producción del resultado lesivo sufrido por la denunciante."*

Si la sentencia recurrida confirma la condena por el delito leve de lesiones del art. 147.2 CP (LA LEY 3996/1995) y no la revoca para condenar por un delito de lesiones imprudentes del art. 152 CP (LA LEY 3996/1995) o absolver si estimara que bien la imprudencia del recurrente fue leve o bien que su acción no es la causa de lesión sino la pérdida de equilibrio de la víctima por su estado de embriaguez, resulta racional colegir la contradicción del razonamiento del tribunal de apelación, que convierte el mismo en arbitrario.

No se puede sostener, sin incurrir en arbitrariedad, que no existe violencia porque el golpe en la cabeza tuvo como causa no sólo el impulso del recurrente sino la pérdida de equilibrio de la víctima por su estado de embriaguez y, sin embargo, al mismo tiempo confirmar la condena de la instancia en la que se califica la lesión como delito doloso leve de lesiones del art. 147.2 CP (LA LEY 3996/1995) atribuible al recurrente, ya que la coherencia del primer argumento tendría que haber llevado a la revocación de la sentencia de instancia en este extremo para calificar el delito de lesiones bien de imprudente del art. 152 CP (LA LEY 3996/1995), si la imprudencia se consideraba grave, bien para absolver si la imprudencia se consideraba leve o se entendía que la verdadera causa de las lesiones no fue la acción del recurrente sino el estado de embriaguez de la víctima,

que le hizo perder el equilibrio y determinó el golpe en la cabeza causante de la lesión.

En su consecuencia, el motivo es admisible y deberá ser estimado.»

Por último, véase la reciente Circular 1/2018, de 1 junio, sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal (Sánchez Melgar).

* * * * *

II. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente o ha (co)organizado los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) V Congreso Nacional Penitenciario Legionense

7-8 de mayo de 2018. Sobre "**Los sujetos peligrosos y las medidas de seguridad**". Evento organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de León, la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip) y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo, patrono de la FICP). Salón de Grados, Facultad de Derecho de la Univ. de León (León, España).

En Actas de Congresos y Seminarios se encuentran disponibles el programa y las Actas del Congreso. A continuación se muestra una selección de fotos del evento:

Inauguración del Congreso: de izq. a dcha., el Sr. D. Valentín Llamas Ayerza, representante del sindicato Acaip, el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Suárez-Quiñones y Fernández, magistrado y Consejero de Fomento y Medio Ambiente de Castilla y León, Excmo. Prof. Dr. Francisco García Marín, Rector de la Univ. de León, el Ilmo. D. Luis Alberto Gómez García, Juez Decano de los Juzgados de León, y el Prof. Dr. Dres. h.c. mult. Díaz y García Conlledo, Catedrático de la Univ. de León y patrono de la FICP.

El Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán durante su ponencia, moderado por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo. Ambos son patronos de la FICP.

(ii) Seminario de docencia e investigación DP-ULE

14 de mayo de 2018. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá, sobre "El concepto de culpabilidad". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España.

El cartel del evento se encuentra publicado en nuestra página web, en Eventos anteriores. A continuación se muestra una selección de fotos de la ponencia.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña (dcha.) durante su ponencia, moderado por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo (izq.).

Izq.: los Profs. Dres. Luzón Peña (centro) y Díaz y García Conlledo (dcha.) acompañados por el Ilmo. Sr. D. Ignacio Rafols, socio de la FICP, en la Basílica de San Isidoro, León. Dcha.: cena en el restaurante Santo Martino, con la participación de los Profs. Durán Seco, Rafols Pérez, Trapero Barreales, López Arias, Martínez Fernández, González Boado, Alpaca Pérez, Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Zubiaur González.

(iii) Seminarios de doctorado

Eventos organizados por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España. Los carteles de las ponencias se encuentran publicados en nuestra página web, en Eventos anteriores.

– **14 de mayo de 2018**. Ponencias del **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña** (Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá) sobre "**Cuestiones generales sobre la responsabilidad jurídica en el deporte**" y "**Tratamiento jurídico-penal de las lesiones deportivas**".

– **15 de mayo de 2018**. Ponencias del **Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo** (patrono de la FICP y Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León) sobre "**El dopaje ante el Derecho Penal**" y "**Corrupción deportiva y Derecho Penal**".

(iv) XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

14-15 de junio de 2018. Sobre "**Derecho penal general y de empresa**". Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coordinadores: Profs. Dres. Roso Cañadillas, Vega Gutiérrez, Pérez-Sauquillo Muñoz y Prof. Cardona Cardona. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco (Univ. de León). Lugar: Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (Madrid, España).

Este año han sido ponentes invitados especiales los Profs. Dres. Sergio Moccia (Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Nápoles Federico II, Italia, y socio de la FICP), Andrea Castaldo (Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salerno, Italia y socio de la FICP) y Víctor Gómez Martín (Catedrático acred. de Derecho Penal, Univ. de Barcelona, y patrono de la FICP).

Las Actas del seminario se encuentran publicadas en la sección de Actas de Congresos y Seminarios.

Todas las fotos del seminario se colgarán asimismo en el álbum correspondiente de nuestra Galería, de las cuales se ofrece a continuación la siguiente selección:

Arriba: imágenes de la inauguración del XXI Seminario por el Presidente de la FICP, Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal (izq.) y el Presidente de Honor de la FICP, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña (dcha.). Entre ambos, el Prof. Dr. Sergio Moccia, Ponente Invitado Especial. Abajo: la Prof. Lina M.ª Cardona Cardona (extremo dcha.) durante su ponencia, moderada por la Prof. Dra. M.ª Ángeles Rueda Martín, ambas socias de la FICP.

Imágenes de la ponencia invitada especial del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín (extremo dcha.), moderado por el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo, ambos patronos de la FICP. Abajo, algunos de los asistentes al XXI Seminario (entre ellos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, patrono de la FICP, y Rodríguez Vázquez, socio de la FICP, ambos en la foto inferior derecha).

Imágenes de la ponencia invitada especial del Prof. Dr. Andrea Castaldo (extremo dcha.), socio de la FICP, moderado por el Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán, patrono de la FICP.

La Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer, patrona de la FICP, durante su ponencia, moderada por el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos y acompañada, entre otros, por la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo (todos ellos patronos de la FICP).

Arriba, la Prof. Beatriz Suárez López (extremo dcha.), socia de la FICP, durante su ponencia, moderada por la Prof. Dra. Isabel Durán Seco, patrona de la FICP. Abajo, imágenes de la ponencia del Prof. Juan Pablo Uribe Barrera (extremo dcha.), socio de la FICP, moderado por el Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón, patrono.

El Prof. Dr. Sergio Moccia, Ponente Invitado Especial, durante diversos momentos del XXI Seminario y durante su ponencia, moderada por el Presidente de la FICP, Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal.

Imágenes de los debates y de los participantes en el XXI Seminario. Entre otros, de arriba a abajo y de izq. a dcha., los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, Torres Cadavid, Trapero Barreales, Jiménez Martínez, el Sr. Ramos Martínez, los Profs. Gómez Martín, Corcoy Bidasolo, Roso Cañadillas, Jericó Ojer, Barber Burusco, la Prof. Suárez López, los Profs. Dres. Paredes Castañón y Rodríguez Horcajo, todos ellos miembros de la FICP.

(v) XIX Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.

5-6 de julio de 2018. Sobre "**Sentido y función de la dogmática jurídico-penal**". Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, respectivamente). Facultad de Derecho, Univ. de León (España).

Este año han sido ponentes el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo, el Prof. Dr. Carbonell Sánchez (Catedrático del Instituto de investigaciones Jurídicas. UNAM, México), el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Atienza Rodríguez (Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante) y el Prof. Dr. Greco (Catedrático de Derecho Penal. Humboldt-Universität, Berlín, Alemania). Este Seminario ha contado con la financiación de la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

En Actas de Congresos y Seminarios se encuentran disponibles el programa y las Actas del Seminario, con los vídeos de las ponencias y los debates. Todas las fotos del seminario se colgarán asimismo en el álbum correspondiente de nuestra Galería, de las cuales se ofrece a continuación la siguiente selección:

Arriba a la izq., inauguración del XIX Seminario por sus dos directores, Profs. Dres. García Amado y Díaz y García Conlledo, patronos de la FICP. El resto de imágenes se corresponden con la ponencia del Prof. Dr. Díaz y García Conlledo, moderado por el Prof. Dr. Luzón. Abajo a la dcha., el Prof. Dr. Atienza interviene durante el debate de la ponencia.

Imágenes de la ponencia del Prof. Dr. Miguel Carbonell (dcha.), moderado por el Prof. Dr. García Amado (izq.). Abajo a la dcha., el Prof. Dr. Luzón Peña interviene en el

debate, entre otros.

El Prof. Dr. Atienza (de gris claro) durante su ponencia. Abajo a la dcha., imagen del público asistente.

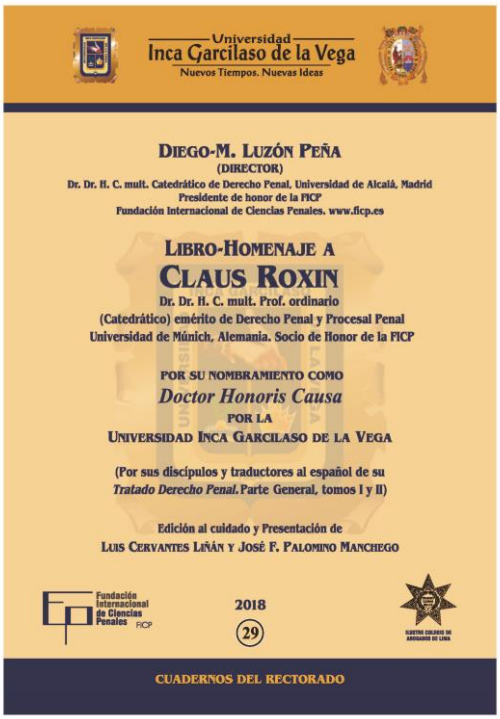
Imágenes del Prof. Dr. Luis Greco, socio de la FICP, durante la presentación de su ponencia, moderado por el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo.

2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

(i) Libro-Homenaje a Claus Roxin:

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II). Lima, Perú: Cuadernos del Rectorado UniversidadInca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.



El acto de presentación tuvo lugar el pasado 29 de agosto de 2018, en la Facultad de Derecho de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega, con la intervención de diversos miembros de la FICP: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Dres. h.c. de Vicente Remesal, Luzón Peña y Díaz y García Conlledo; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego y los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez y García Mosquera. Puede encontrarse el programa del evento en la página web, en Eventos anteriores.

Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann (socio de honor de la FICP), el Prof. Dr. Vega Gutiérrez y la Prof. Escobar Vélez. El índice de la

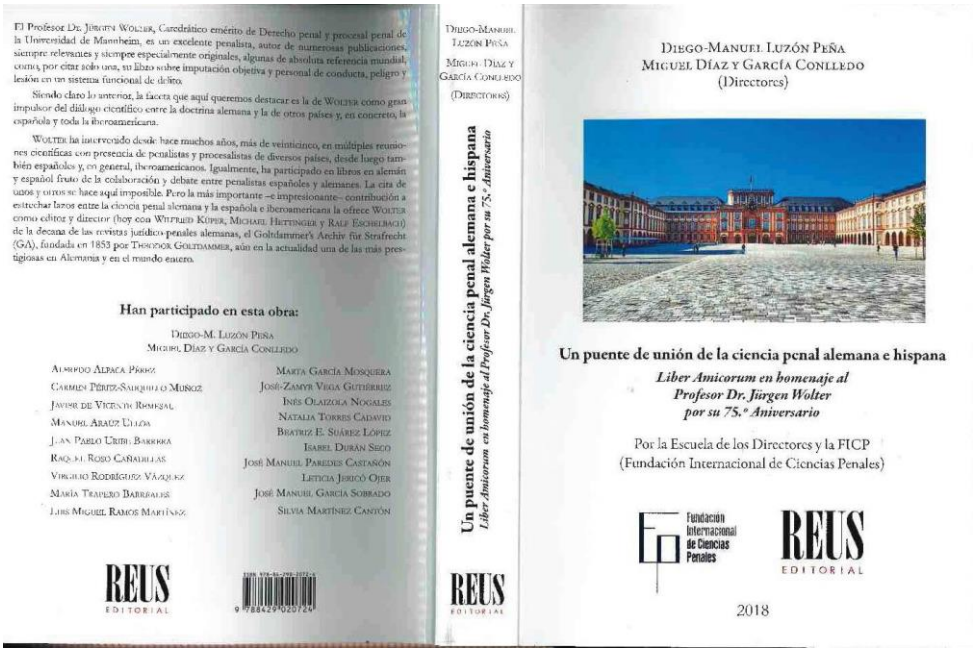
obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP. Asimismo, más abajo en este número de Foro FICP, en la sección de Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP, se indicarán los diversos artículos contenidos en la obra.

Imágenes tomadas antes y durante la presentación del Libro Homenaje a Claus Roxin. Arriba a la izq., en el despacho del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la UIGV, el Prof. Dr. Villavicencio Alfaro. En el resto de fotos, de izq. a dcha., los Profs. Dres. Palomino Manchego, García Mosquera (socios), Díaz y García Conlledo (patrono), De Vicente Remesal (Presidente), Villavicencio Alfaro, Luzón Peña (Presidente de honor y director del Libro Homenaje) y Rodríguez Vázquez (socio).

Tras la presentación, posado ante la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Foto izq.: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Olivera Zapiola (socio de la FICP), Díaz y García Conlledo (patrono), Villavicencio Alfaro, De Vicente Remesal (Presidente), Luzón Peña (Presidente de honor) y Palomino Manchego (socio). Foto dcha.: de izq. a dcha., los Profs. Dres. García Mosquera (socia), De Vicente Remesal y Rodríguez Vázquez (socio).

(ii) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter:

LUZÓN PEÑA, Diego-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Directores), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales). Madrid: FICP / Reus, 2018, 590 pp. ISBN 978-84-290-2072-4.



El acto de presentación y entrega al homenajeado tuvo lugar el pasado 21 de septiembre de 2018, durante el Encuentro internacional de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario en Karlsruhe, Alemania (20-21 de septiembre), con la intervención de diversos miembros de la FICP, además del propio homenajeado: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Dres. h.c. Luzón Peña y Díaz y García Conlledo; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Roxin y los Profs. Dres. Greco y Leite. Sobre el evento, véase también *infra*, pp. 469 ss., en la sección de Distinciones, galardones, grados académicos de los miembros de la FICP.

Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos: el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal y los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizona Nogales, Aráuz Ulloa, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Durán Seco, Jericó Ojer; y (ii) entre los socios, los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, García Mosquera, Vega Gutiérrez, Torres Cadaviz, Pérez-Sauquillo Muñoz y los Profs. García Sobrado, Alpaca Pérez, Uribe Barrera, Suárez López y Ramos Martínez. El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la nueva sección de Publicaciones/Otras publicaciones de la FICP. Asimismo, más abajo en este número de Foro FICP, en la sección de Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP, se indicarán los diversos artículos contenidos en la obra.

3. Renovación del cargo de Secretario de la FICP

Durante la reunión anual del Patronato de la FICP con fecha de 15 de junio de 2018, se acordó el cese del hasta entonces Secretario del Patronato, D. Enrique Luzón Campos, abogado penalista del despacho Gómez Acebo & Pombo, y a quien el Patronato y la FICP le agradecen todos los servicios prestados hasta la fecha.

Asimismo, se designó como nueva Secretaria a la Dra. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, Profesora Investigadora de la Univ. de Alcalá, que hasta ahora ha ejercido como coordinadora de la FICP y de la presente revista Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP).

III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)[1]

(i) Doctorados *honoris causa* de miembros de la FICP y otros galardones

- **Investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* como Doctor *honoris causa* en la Univ. Inca Garcilaso de la Vega (UIGV) de Lima, Perú**

29 de agosto de 2018. Acto de solemne investidura del **Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*** (Presidente de la FICP y Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Vigo) como Doctor *honoris causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV) de Lima -título que se le concedió ya en septiembre de 2016-. Lugar: sede de la UIGV, a las 12 h.

Al acto estuvieron invitados, entre otras personalidades, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (Presidente de honor de la FICP y Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá) y el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (patrono de la FICP y Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León).

A continuación se reproduce la carta de felicitación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña al Presidente de la FICP, para su lectura pública en su investidura:

> «¡Mi felicitación más calurosa y entusiasta en este día a mi queridísimo discípulo el Prof. Dr. Don Javier de Vicente Remesal! El Doctorado honoris causa, que ya le otorgó en su día la UIGV y que hoy se le entrega en solemne investidura, es el más que merecido reconocimiento a toda una vida de entrega exclusiva y ejemplar a la Universidad y a una obra científica de la más alta calidad que se le otorga al más antiguo de mis discípulos, quien, desde que comenzó como tal a primeros de 1980 en Salamanca, siempre me ha acompañado y apoyado del modo más leal y constante en la vida académica.

[1] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

Por eso es para mí como maestro y amigo un inmenso y emocionado orgullo poder acompañarle hoy, junto con mi otro discípulo más antiguo el Prof. Díaz y García Conlledo, su esposa y sus propios discípulos y tantos amigos, en este día señalado para él, precisamente en la misma sala y en la misma ceremonia de investidura que la UIGV nos dedicó a mí y al Prof. Díaz.

Y con la muy feliz coincidencia de producirse justo el mísmo día en que hemos celebrado también públicamente la aparición del Libro-Homenaje dedicado por nosotros a nuestro común maestro el Prof. Dr. Claus Roxin.

¡¡¡Muchísimas felicidades y un gran abrazo, querido Javier!!!»

Igualmente, se reproduce a continuación la carta de felicitación del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo:

«Habiendo sabido de la celebración el próximo día 29 de agosto de la ceremonia de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima, Perú), del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal, en la que me cabrá el honor de estar presente, te ruego transmitas estas palabras o aquellas de ellas que consideres conveniente en la citada ceremonia:

Mi alegría por el nombramiento como Doctor honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, a cuyo Claustro de Doctores tengo el honor de pertenecer también como Doctor honoris causa, del Prof. Dr Javier de Vicente Remesal es máxima. En esa alegría me acompañan también todos mis discípulos.

En primer lugar, porque supone el ingreso al Claustro de Doctores de esa Universidad de un excelente penalista, trabajador minucioso y profundo, cuyas obras de investigación analizan con el mayor rigor arduos problemas jurídicos de manera exhaustiva y en brillante combinación de metodología científica y orientación a la práctica. Igualmente se trata de un magnífico docente.

En segundo lugar, porque el Prof. de Vicente Remesal es mi primer hermano académico, el primer discípulo (yo soy el segundo) del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, la persona que nos inició en el aprendizaje del Derecho penal y su Ciencia, penalista mundialmente reconocido. Además, es discípulo también, al igual que el Prof. Luzón Peña, de mi maestro alemán Roxin, uno de los mayores penalistas de la historia. Ambos maestros han recibido también el nombramiento de Doctores honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

A su vez, el Prof. de Vicente Remesal ha trasmitido su saber a valiosos discípulos, con una generosidad extraordinaria y unos excelentes frutos. Ser discípulo del Prof. de Vicente es una suerte que debe agradecerse de por vida.

El Prof. de Vicente y yo pasamos largas horas de estudio codo con codo en nuestro antiguo despacho de la Universidad de León, en España, enfrascados en la elaboración de nuestras tesis doctorales y nuestras ulteriores investigaciones y etapas en nuestra carrera académica. También compartimos días en Múnich (Alemania). Y momentos de afecto, diversión, risas y hasta cantos (el Prof. de Vicente es un cantante excepcional). Después, la carrera académica nos llevó a lugares separados geográficamente, a él a Orense y Vigo, como Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Vigo, a mí a Pamplona primero y después de vuelta a León, como Catedrático de Derecho Penal de las Universidades Pública de Navarra y de León. Pero la distancia ha sido solo física, pues la colaboración académica ha sido constante. Y, lo que es más importante, nuestra amistad no ha parado de crecer, para enorme satisfacción mía.

Porque quiero destacar finalmente, como algo de suma importancia, que el Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal es un académico de la máxima honradez y un excelente penalista, pero es más que todo eso: es una persona íntegra y generosa, es un hombre bueno en el mejor y más noble sentido de la expresión.

¡Mi más sincera enhorabuena por tan merecido honor, querido Javier! Espero que sigan otros muchos y deseo seguir aprendiendo de tus obras y de tu persona. Y, por encima de todo, hermano, espero seguir disfrutando del lujo de tu amistad muchos, muchos años más.»

En la página siguiente se expone una selección de fotos tomadas durante la ceremonia.

Diversos momentos de la investidura el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal como Doctor honoris causa por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima. De izq. a dcha., el Decano de la Facultad de Derecho (Prof. Dr. J. Villavicencio Alfaro), el Vicerrector académico de la UIGV (Prof. Dr. J. Lazo) y el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente.

El Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal durante la exposición de su lectio doctoralis y en el posado posterior al acto, acompañado, entre otros, de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Luzón Peña y Díaz y García Conlledo (Presidente de honor y patrono), de los Profs. Dres. Palomino Manchego y Olivera Zapiola (socios de la FICP), y de los Profs. Dres. Villavicencio Alfaro, Lazo y Amoretti.

- **Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* como Doctor *honoris causa* por la Univ. de León, España**

2 de julio de 2018. Aprobación por el Claustro de Doctores de la Universidad de León el nombramiento como *Doctor honoris causa* del **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña***, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de Honor de la FICP. La fecha del solemne acto de investidura será determinada próximamente.

Para la defensa de la propuesta, procedente del Área de Derecho Penal y del Departamento de Derecho Público de la Univ. de León, ha actuado como ponente ante el Consejo de Gobierno y ante el Claustro de Doctores el Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP.

Puede leerse asimismo la carta de felicitación del Presidente de la FICP, el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*, en nuestra página web en Próximos eventos y cursos.

- **Homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter en Karlsruhe, Alemania, por su 75º aniversario**

20-21 de septiembre de 2018. Karlsruhe, Alemania. Encuentro internacional de Derecho Penal en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter* por su 75º aniversario (dir.: Prof. Dr. Mark Zöller). Durante el evento se hizo entrega al homenajeado de tres obras editadas en su honor:

(i) un número especial de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht: Jürgen Wolter zum 75. Geburtstag, 9/2018, C.F. Müller.

(ii) la citada obra LUZÓN PEÑA, D.M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018 (vid. *supra* en Publicaciones de la FICP);

(iii) la obra WOLTER, J., O inviolável e o intocável no direito processual penal (ed.: L Greco; trads.: Greco*, Leite*, Viana*), São Paulo, Marcial Pons, 2018.

El acto contó con la presencia de diversos miembros de FICP: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Luzón Peña* y Díaz y García Conlledo*; y (ii) entre los socios, además del homenajeado Prof. Dr. Wolter*, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Roxin* y los Profs. Dres. Greco* y Leite*.

A continuación se reproduce una selección de fotos de la ceremonia:

Arriba: presentación por el Prof. Dr. Zöller del número especial del GA 9/2018 en homenaje al Prof. Dr. Wolter*. Abajo: presentación por el Prof. Dr. Greco* de la obra de Wolter* editada y traducida en Brasil.

Entrega sorpresa por los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Luzón Peña* y Díaz y García Conlledo* del *Liber Amicorum* a Wolter coeditado por la FICP. En la mesa, de izq. a dcha., los Profs. Dres. Schöch, Imme Roxin, Wolter*, la Sra. Schöch y el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Roxin*.

Imágenes de la cena de gala tras el evento académico. Arriba: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Luzón Peña*, Roxin*, Díaz y García Conlledo* y Wolter*. Abajo: los Profs. Dres. Wolter*, Imme Roxin, Frau Schöch y Profs. Dres. Schöch, Greco* y Leite*.

Arriba: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Greco* y su esposa Marja, Wolter* y su esposa Micaela Wolter, Luzón Peña*, Díaz y García Conlledo*, Leite* y Zöller. Abajo: imagen de las tres obras entregada al Prof. Dr. Wolter* y de algunos de los asistentes.

- **Distinciones de patronos y socios como miembros honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, Perú y del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, Perú**

28 de agosto de 2018. Ceremonia de nombramiento de los Profs. Dres. Dres. h.c. de Vicente Remesal* (Presidente), Luzón Peña* (Presidente de honor), Díaz y García Conlledo* (patrono) y Palomino Manchego* (socio) como miembros honorarios del

Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, Perú, así como su condecoración con la Medalla Vicente Morales y Duárez, máxima condecoración de grado otorgada a los Abogados que destacan por su trayectoria profesional, académica y su valioso aporte al país. Sala de sesiones de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur.

1 de septiembre de 2018. Acto de entrega de la Distinción institucional de Visitante Ilustre por el Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, Perú, al Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal*.

Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur: imágenes de la entrega de los títulos y de la medalla a los Profs. Dres. Dres. h.c. De Vicente Remesal (Presidente), Luzón Peña (Presidente de honor) y Díaz y García Conlledo (patrono), así como al socio Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego. En el acto intervinieron, entre otros, el actual Decano del Colegio de Abogados de Lima Sur, Sr. D. V. P. Espinoza Santillán, y el anterior Decano, Sr. D. J. A. Rivera Ore.

Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa: imágenes de la conferencia y de la entrega de la Distinción institucional

- **Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego* como Comendador por la Orden Fuero Militar Policial, Perú.**

21 de mayo de 2018. Condecoración del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego* (socio de la FICP y Profesor ordinario de Derecho Constitucional y Derecho Penal de la Univ. Nacional Mayor de San Marcos, la Univ. San Martín de Porres y la Univ. Inca Garcilaso de la Vega, Perú) con el grado de Comendador por la Orden Fuero Militar Policial, Perú, en reconocimiento a su trayectoria jurídica y al decidido apoyo institucional y académico a la Justicia Militar Policial del Perú.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Palomino Manchego durante la ceremonia, acompañado del Presidente del Fuero Militar Policial, General de Brigada Juan Pablo Ramos Espinoza.

- **Investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Ángel Núñez Paz* como Doctor honoris causa por la Universidad de Togatorum y el Instituto Lombroso, México**

6 de septiembre de 2018. Acto solemne de investidura del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Ángel Núñez Paz* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Huelva y socio de la FICP) como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Togatorum y el Instituto Lombroso, México. Lugar del evento: Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Su nombramiento oficial tuvo lugar con fecha de 23 de julio de 2018 «en consideración a sus altos merecimientos por su contribución a la ciencia del Derecho por ser profesor honorario y miembro honorífico de múltiples institutos, universidades y colegios profesionales; por ser autor de diversas obras escritas en español, alemán, inglés, portugués e italiano y por haber realizado destacadas estancias de investigación en diversas universidades a nivel internacional». El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Núñez Paz acumula con él cuatro Doctorados *honoris causa*, de los que han dado cuenta diversos medios de comunicación (vid. por ejemplo aquí y aquí).

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Núñez Paz durante su cuarta investidura como Dr. *honoris causa*.

(ii) Nombramiento del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* como Presidente del Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol

El Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP, ha sido nombrado el pasado mes de agosto de 2018 como Presidente del Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol.

(iii) Nombramiento del Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago* como Secretario de Estado de Justicia

15 de junio de 2018. Nombramiento por el Consejo de Ministros del Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago*, Fiscal del Tribunal Supremo desde 2005 y socio de la FICP, como nuevo Secretario de Estado de Justicia. Su toma de posesión tuvo lugar el pasado 28 de junio.

Excmo. Sr. Dr. Dolz Lago.

(iv) Obtención de Cátedras de Derecho penal

En los últimos años han obtenido la Cátedra de Derecho Penal los socios de la FICP que a continuación se indican:

- Prof. Dra. Ana I. Pérez Cepeda*, Catedrática de la Univ. de Salamanca. Nombramiento: 14 de abril de 2016.
- Prof. Dr. M.ª Ángeles Rueda Martín*, Catedrática de la Univ. de Zaragoza. Concurso: 22 de mayo de 2017.
- Prof. Dr. Fernando Miró Llinares*, Catedrático de la Univ. Miguel Hernández de Elche. Nombramiento: 10 de octubre de 2017.
- Prof. Dr. Fernando-Guanarteme Sánchez Lázaro*, Catedrático de la Univ. de La Laguna. Nombramiento: 4 de diciembre de 2017.
- Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Ángel Núñez Paz*, Catedrático de la Univ. de Huelva. Nombramiento: 16 de marzo de 2018.
- Prof. Dra. Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez*, Catedrática de la Univ. de Salamanca. Concurso: 16 de mayo de 2018.
- Prof. Dr. Javier Fernández Teruelo*, Catedrático de la Univ. de Oviedo. Concurso: 7 de junio de 2018.
- Prof. Dra. M.ª Elena Torres Fernández*, Catedrática de la Univ. de Almería. Toma de posesión: 23 de julio de 2018.

(v) Primer premio de la 17ª convocatoria del Premio de artículos jurídicos "García Goyena" de la UNED, España, a favor de la Prof. Dra. Carmen Rocío Fernández Díaz*

El jurado de la 17ª convocatoria del Premio de artículos jurídicos "García Goyena", organizado por la UNED, España, ha acordado conceder el primer premio a nuestra socia la Prof. Dra. Carmen Rocío Fernández Díaz*, Profesora Ayudante Dra. de la Univ. de Málaga, España, por su artículo "La amenaza de las nuevas tecnologías en los negocios: el ciberespionaje empresarial". La entrega del premio se celebrará en el mes de diciembre del presente año 2018.

(vi) Obtención del Doctorado por el Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza

28 de mayo de 2018. Salón de Grados, UDIMA. Celebración del acto de defensa de la tesis doctoral del Prof. Dr. Gorgonio Martínez Atienza*, socio de la FICP, dirigida por el Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón y titulada "Protección penal de las invenciones objeto de patente nacional". El tribunal estuvo compuesto por el Prof. Dr.

Dr. h.c. mult. Luzón Peña* (Presidente del tribunal y Presidente de honor de la FICP), el Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* (Patrono de la FICP) y los Profs. Dres. Piloñeta Alonso (Prof. Titular de Derecho Mercantil de la Univ. de Oviedo), Rodríguez-Villasante Prieto (Prof. de la UNED y del Instituto Univ. General Gutiérrez Mellado y Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja española) y Delgado Gil* (Prof. y Director del Área de Derecho Penal de la UDIMA, socio de la FICP).

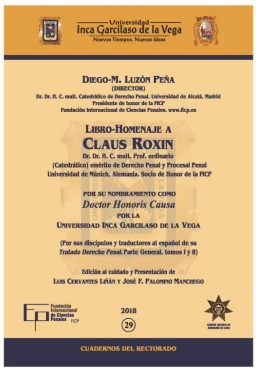
De izq. a dcha.: los Profs. Dres. Fernández Bermenjo* (tutor del nuevo Doctor en la UDIMA), Piloñeta, Díaz y García Conlledo, Paredes Castañón, Luzón Peña (estos tres últimos, patronos de la FICP), Martínez Atienza*, Rodríguez-Villasante y Delgado Gil*.

2. Libros y artículos recientes de los miembros de la FICP

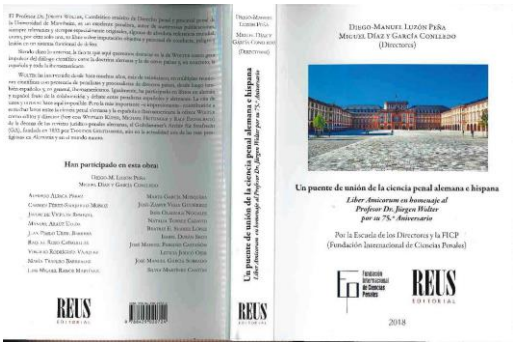
(i) Patronos (con asterisco los patronos):

- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional, Actualidad Penal, Perú, 31, 2017, pp. 97-123.
- Vicente Remesal, Javier de*, Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, Revista Penal, 39, 2017, pp. 50-65.

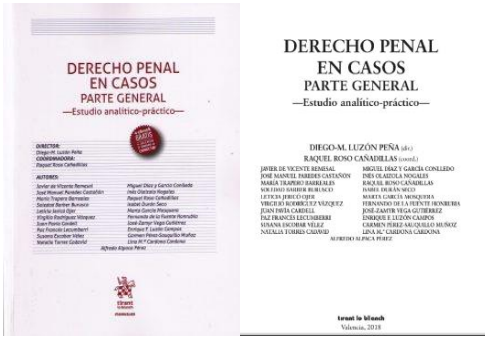
- Vicente Remesal, Javier de*, Acción y ausencia de acción, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 93-107.
- Vicente Remesal, Javier de*/García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio, Clases de tipos, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 109-130.
- Vicente Remesal, Javier de*, Los fines de la pena y las repercusiones de su consideración en la pena de inhabilitación profesional, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / UIGV, 2018, pp. 69-136.
- Vicente Remesal, Javier de*, Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 153-185.
- Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / UIGV, 2018.



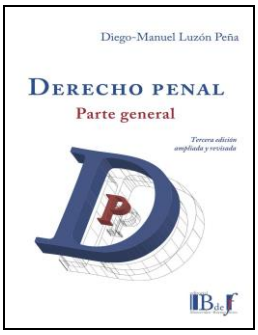
- Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018.



- Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Roso Cañadillas, Raquel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Roso Cañadillas, Raquel*/Barber Burusco, Soledad*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/de la Fuente Honrubia, Fernando/Pavía Cardell, Juan/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Francés Lecumberri, Paz/Luzón Campos, Enrique*/Escobar Vélez, Susana/Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen/Torres Cadavid, Natalia/Cardona Cardona, Lina M.ª, Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

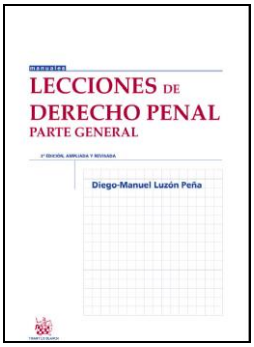


- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2016.



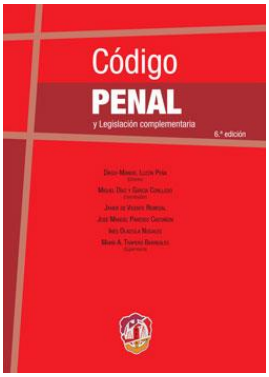
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa*, M.ª Asunción Moreno Castillo* y José-Zamyr Vega Gutiérrez, Managua, UCA Publicaciones, 2017.

- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Libertad y culpabilidad, Publicaciones de la Universidad José Carlos Mariátegui. Arequipa, Perú, Edics. Pangea, 2016.

- Luzón Peña, Diego-Manuel* (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel* (coord.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 6.ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid. Madrid, Reus, 2018.



- Luzón Peña, Diego-M.*, Lemas (voces) de Teoría general del delito (todas salvo codelincuencia, iter criminis y concurso). En total 210 voces o lemas extensos, y además 570 voces de remisión, en: Diccionario del Español Jurídico (dir. S. Muñoz Machado), Madrid, Real Academia Española/Consejo General Poder Judicial, 2016. Y en: Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (dir. S. Muñoz Machado, 2.ª ed. del Diccionario del Español Jurídico), 2017.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Gleichwertigkeit der Unterlassung mit der Begehung: Schaffung oder Erhöhung der Gefahr durch die Unterlassung. Eine Skizze, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016-5: Nº especial: Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, pp. 275-283.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Libertad, culpabilidad y neurociencias, AdC: Anatomia do Crime 3, 2016; Univ. de Lisboa, pp. 57-86.

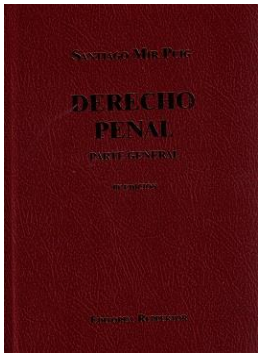
- Luzón Peña, Diego-M.*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, Libertas, 4, 2016 (wwww.ficp.es), pp. 95-116.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo (versión con precisiones), Actualidad Penal, 27, 2016, Lima, Inst, Pacífico, pp. 133-159.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, en: Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo, Madrid, Ed. Univ. Ramón Areces, 2016, pp. 243-262.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades, en: Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en Homenaje al Prof. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Madrid, Serv. Publicacs. Fac. Derecho Univ. Complut. Madrid, 2016, pp. 669-682.
- Luzón Peña, Diego-M.*, en: Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (nº extraord. de diciembre: versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5): Equivalencia de la omisión a la comisión: creación o aumento del peligro por la omisión misma en la comisión por omisión. Un esbozo, pp. 83-94; y traducción junto con Miguel Díaz del artículo inicial de J. Wolter, Claus Roxin y Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), pp. 10-16.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, Libertas, 6, 2017, pp. 145-272.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. José Cerezo Mir *in memoriam*. Semblanza personal, Foro FICP 2017-2, pp. 8-28; tb. en Noticias de las Ciencias Penales, desde 5-8-2017; y en Actualidad Penal, 42, 2017 (dic.), Lima, Inst. Pacífico, pp. 345 ss.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales,

Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 47-68.

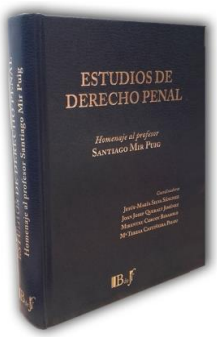
- Luzón Peña, Diego-M.*/Díaz y García Conlledo, Miguel*, Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 13-18.

- Luzón Peña, Diego-M.*, Conocimiento de la materia de prohibición como elemento intelectual del dolo y repercusiones para el error sobre las causas de justificación, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 93-117.

- Mir Puig, Santiago*, Derecho Penal, Parte General, con la colaboración de Gómez Martín, Víctor*/Valiente Iváñez, Vicente, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016.



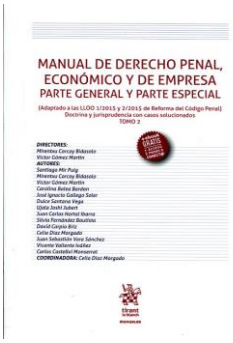
- Aráuz Ulloa, Manuel*, Sobre la responsabilidad penal y el consentimiento informado en las afectaciones derivadas de la cirugía estética, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 187-205.
- Barber Burusco, Soledad*, Actos preparatorios punibles, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 351-363.
- Barber Burusco, Soledad*, Del delito de "difusión" o "propaganda" terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios, en: en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 539-586.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/ Silva Sánchez, Jesús María/Queralt Jiménez, Joan Josep/Castiñeira Palou, M.ª Teresa (coords.), Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de f, 2017. Entre los autores de los artículos se encuentran numerosos patronos y socios de la FICP (véase el índice).



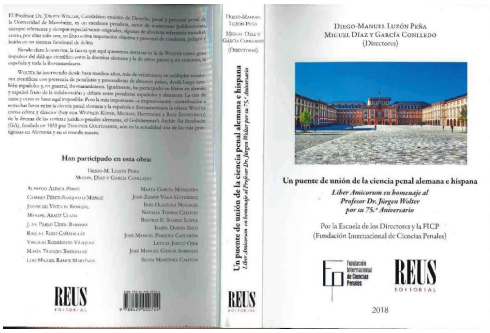
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Mir Puig, Santiago* (dirs.), Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina/Cardenal Montraveta, Sergi/Gallego Soler, J.I./Gómez Martín, Víctor*/Santana Vega, Dulce/Fernández Bautista, Silvia/Carpio Briz, David/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

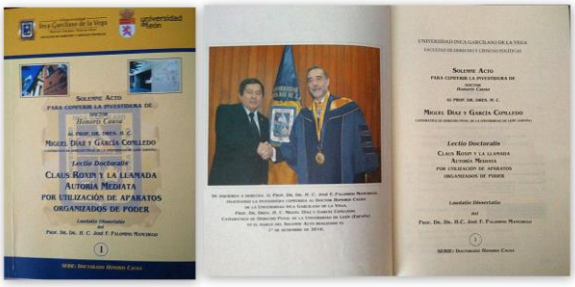
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.), Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016. Entre los autores se encuentran, además de los directores, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig* y algunos socios de la FICP.



- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Luzón Peña, Diego-M.* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018.



- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Claus Roxin y la llamada autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, Cercado de Lima, Univ. Inca Garcilaso de la Vega, 2017.



- Díaz y García Conlledo, Miguel* (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo, y artículos de J. Wolter*, K. Ambos*/E. Malarino, M. Cancio Meliá, M. Díaz y García Conlledo, L. Greco*, C. Jäger, D.-M. Luzón Peña, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann*, J.M. Silva Sánchez* y M. Zöller.

- Díaz y García Conlledo, Miguel* (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 7, 2018 (agosto).

- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Errores que excluyen el dolo o afectan al tipo, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte

General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 179-204.

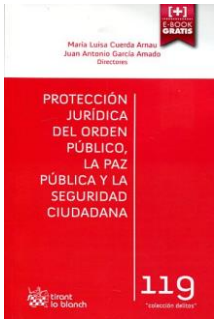
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Claus Roxin y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 137-175.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Luzón Peña, Diego-M.*, Introducción. Jürgen Wolter: un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 13-18.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Peculiaridades en el error en el Derecho penal económico, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 119-151.
- Durán Seco, Isabel*, El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo), La Ley Penal, 123, 2016.
- Durán Seco, Isabel*, Imprudencia. Clases de imprudencia. Preterintencionalidad, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte

General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 205-225.

- Durán Seco, Isabel*, El maltrato y el abandono de animales desde el punto de vista del Derecho penal (LO 1/2015, de 30 de marzo), en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 587-637.

- Durán Seco, Isabel*, La responsabilidad penal en el ámbito de la circulación, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 493-508.

- García Amado, Juan Antonio*/Cuerda Arnau, Mª Luisa (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Jericó Ojer, Leticia*, Miedo insuperable. Inegibilidad penal subjetiva. Conflicto de conciencia, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 307-320.

- Jericó Ojer, Leticia*, Tratamiento médico, consentimiento y Derecho penal, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 293-315.
- Jericó Ojer, Leticia*, Derecho penal y fenómeno religioso: cuestiones relativas a su legitimación (art. 525 CP), en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 537-572.
- Olaizola Nogales, Inés*, Error de prohibición, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 293-305.
- Olaizola Nogales, Inés*, La influencia de las recomendaciones del GRECO en la reforma del CP español, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, pp. 437-457.
- Olaizola Nogales, Inés*, La tributación de las ganancias ilícitas (Una primera y breve aproximación), en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente

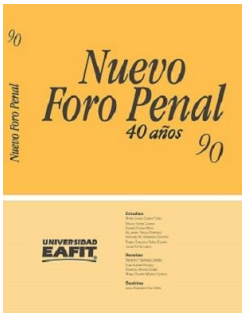
Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 409-418.

- Paredes Castañón, José Manuel*, Concursos: de delitos y de leyes, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 429-449.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Vademécum del legislador racional (y decente): noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, pp. 177-237.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso "Aturem el Parlament", en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 509-536.
- Roso Cañadillas, Raquel*, La autonomía del delito comisivo omisivo, Foro FICP, 2017-1, pp. 233-244.
- Roso Cañadillas, Raquel* (coord.), en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/ de Vicente Remesal, Javier*/Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Roso Cañadillas, Raquel*/Barber Burusco, Soledad*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer,

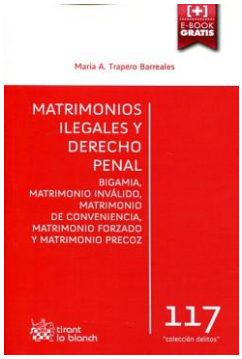
Leticia*/García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/de la Fuente Honrubia, Fernando/Pavía Cardell, Juan/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Francés Lecumberri, Paz/Luzón Campos, Enrique*/Escobar Vélez, Susana/Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen/Torres Cadavid, Natalia/Cardona Cardona, Lina M.ª, Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- Roso Cañadillas, Raquel*, Omisión y comisión por omisión, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 331-349.
- Roso Cañadillas, Raquel*, El delito *comisivo omisivo*, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 239-262.
- Roso Cañadillas, Raquel*, Reflexiones sobre la autoría imprudente, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 223-257.

- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 90, 2018 (accesible aquí).



- Trapero Barreales, María A.*, Matrimonios ilegales y Derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Trapero Barreales, María A.*, El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, Madrid, Dykinson, 2017.

- Trapero Barreales, María A.*, Parte subjetiva del tipo. Elementos subjetivos del tipo de injusto. El dolo, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 151-178.
- Trapero Barreales, María A.*, El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.
- Trapero Barreales, María A.*, El artefacto explosivo casero ("coctel Mcgyver"): un medio peligroso "pluritípico". Una propuesta interpretativa de los delitos de lesiones, daños, atentado y tenencia de explosivos… y de planteamiento

concursal, en: Luzón Peña, Diego-M.* (dir.)/Schünemann, Bernd/Luzón Peña, Diego-M.*/de Vicente Remesal, Javier*/ Díaz y García Conlledo, Miguel*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.*/Barber Burusco, Soledad*/Roso Cañadillas, Raquel*/Durán Seco, Isabel*/Jericó Ojer, Leticia*/Rodríguez Vázquez, Virxilio/García Mosquera, Marta/Vega Gutiérrez, José-Zamyr/Escobar Vélez, Susana/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 459-538.

- Trapero Barreales, María A.*, 9 + 1 respuestas frente al delincuente imputable peligroso… y en el punto de mira siempre dos tipologías: el delincuente sexual y el terrorista, en: Luzón Peña*/Díaz y García Conlledo* (dirs.)/A. Alpaca/C. Pérez-Sauquillo/D.-M. Luzón*/M. Díaz y G. Conlledo*/ J. de Vicente Remesal*/ M. Aráuz*/J.P. Uribe/ R. Roso*/ V. Rodríguez Vázquez/M. Trapero*/L. M. Ramos/M. García Mosquera/J.-Z. Vega/I. Olaizola*/N. Torres/B. Suárez/I. Durán*/J. M. Paredes*/L. Jericó*/J. M. García Sobrado/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 283-353.

(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Acale Sánchez, María*, La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Alpaca Pérez, Alfredo*, El delito de defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos en la legislación penal peruana, Libertas, 6, 2017, pp. 9-52.
- Alpaca Pérez, Alfredo*, Ley penal en el espacio. Extradición, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 79-92.
- Alpaca Pérez, Alfredo*, Norma y teoría del delito. La aportación de Jürgen Wolter, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en

homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 21-43.

- Álvarez García, Francisco Javier* (dir), Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli/ Ventura Püschel, Arturo (Coords.), Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. T.IV: Delitos contra la Constitución, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Álvarez García, Francisco Javier*, Código Penal y Ley Penal del Menor, 24.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Agustina Sanllehí, José Ramón*, Derecho, sanción y justicia penal, Buenos Aires/Montevideo, B de f, 2017.
- Bajo Fernández, Miguel*/ Feijóo Sánchez, Bernardo*/ Gómez-Jara Díez, Carlos, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Basilico, Ricardo Ángel*, Inspecciones judiciales sobre personas. ADN y sistema procesal penal argentino, Libertas, 6, 2017, pp. 53-71.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio***,** Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. T.VI: Derecho penitenciario, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*/Fabián Caparrós / Rodríguez García, Recuperación de activos y decomiso, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Boix Reig, Javier*, Derecho penal. Parte Especial. Vol I: La protección penal de los intereses jurídicos personales, 2.ª ed., Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Cardona Cardona, Lina M.ª*, Desistimiento, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 377-395.
- Carpio Delgado, Juana del*, Algunas cuestiones de Parte Especial tras la reforma de 2015 del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina*/Cardenal Montraveta, Sergi*/Gallego Soler, J.I.*/Gómez Martín, Víctor/Santana Vega, Dulce*/Fernández Bautista, Silvia*/Carpio Briz, David*/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/ Díaz Morgado, C. (coord.)/Mir Puig, S./Bolea Bardon, C.* /Gallego Soler, J.I.*/Santana Vega, Dulce M.ª*/Joshi Ubert, U./Hortal Ibarra, J.C.*/Fernández Bautista, S.*/Carpio Briz, D.*/ Vera Sánchez, J.S./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa: parte general y parte especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal), Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, tomo 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Cuerda Arnau, Mª Luisa*/ García Amado, Juan Antonio (dirs.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Delgado Gil, Andrés*, Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo*/ González-Cuéllar Serrano, N. (Dirs.), Halcones y palomas, corrupción y delincuencia económica, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2016.
- Demetrio Crespo, Eduardo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Díaz y García Conlledo, Miguel (dir.), Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, 5, 2016 (diciembre): versión en español de Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, n.º monográfico de la revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2016/5. Con una presentación del director de Libertas, Prof. Díaz y García Conlledo, y artículos de J. Wolter*, K. Ambos*/E. Malarino, M. Cancio Meliá, M. Díaz y García Conlledo, L. Greco*, C. Jäger, D.-M. Luzón Peña, G. Pérez Barberá, R. Robles Planas*, I. Roxin, H. Schöch, B. Schünemann*, J.M. Silva Sánchez* y M. Zöller.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso del hurto hiperagravado por multireincidencia, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Sentencia Caso Atutxa, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso stalking o delito de acoso del artículo 172 ter CP/2015, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Messi. Delito defraudación tributaria, Diario La Ley, nº 9043, de 18 de septiembre de 2017.
- de Elía, Carlos M./Olivera Zapiola, Diego*, Codigo Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, 8.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Rodamillans, 2017.

- Escobar Vélez, Susana*, Participación, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 413-428.
- Escobar Vélez, Susana*, El principio de precaución y su traslado al Derecho penal en España, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 263-291.
- Estrada Cuadras, Albert*, Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales, Atelier, 2016.
- Faraldo Cabana, Patricia*, Los delitos leves, causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Orden socioeconómico y delito, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, El delito corporativo en el Código Penal español, 2.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2016.
- Feijoo Sánchez, Bernardo *, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, Ediciones Olejnik, 2018.
- Fernández Bermejo, Daniel*, Derecho penitenciario, Madrid, Centro de Estudios Financieros (CEF), 2016.
- Fernández Bermejo, Daniel*/ Cámara Arroyo, Sergio*, La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario, Aranzadi, 2016.

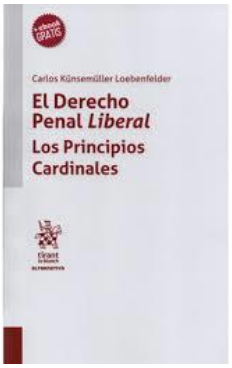
- Fernández Bermejo, Daniel*/ Martínez Atienza, Gorgonio*, Ciberseguridad, Ciberespacio y Ciberdelincuencia, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

- Fernández Teruelo, Javier G.*, La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: algunos apuntes relativos a la naturaleza jurídica del modelo (autorresponsabilidad versus heterorresponsabilidad), Libertas, 6, 2017, pp. 72-96.
- Francés Lecumberri, Paz*, Causas de inimputabilidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 279-291.
- Fuente Honrubia, Fernando*, Sustitutivos penales: suspensión y sustitución de la pena, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 37-47.
- Fuente Honrubia, Fernando*, Tentativa, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 365-376.
- García Mosquera, Marta*, Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales, Revista Penal, 40, 2017, pp. 97-110.
- García Mosquera, Marta*, La personalidad jurídica de empresas transnacionales en la Unión Europea como requisito de la responsabilidad penal del art. 31 bis del Código Penal español, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al

español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 371-411.

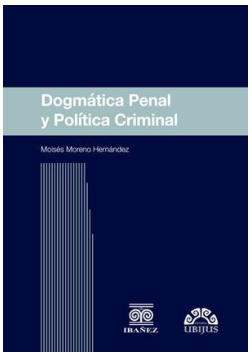
- García Mosquera, Marta*, Punibilidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 321-330.
- García Mosquera, Marta*, La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales a los efectos del delito de hurto, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 369-381.
- García Sobrado, José Manuel*, Recordando a la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 573-581.
- González Cussac, José L.*, Derecho penal. Parte Especial, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Greco, Luís*, Dolo sin voluntad, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 10-38.
- Greco, Luís*, Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios, São Paulo, Marcial Pons, 2018.

- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, Culpabilidad y Pena, 2.ª ed. amp. y act., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016.
- Künsemüller Loebenfelder, Carlos*, El Derecho Penal liberal. Los principios cardinales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.



- Luzón Peña, Diego-Manuel (dir.)/Díaz y García Conlledo, Miguel (coord.)/de Vicente Remesal, Javier/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/ Trapero Barreales, María A. (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 5ª ed. Con la colaboración de: Roso, Barber, Jericó, Durán, Fuente*, Pavía, García Mosquera*, Martínez Cantón, García Sobrado*, Rodríguez Vázquez*, Vega*, Francés*, Escobar*, Pérez-Sauquillo*, Torres Cadavid*. Madrid, Reus, 2017.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, con notas de Derecho penal nicaragüense por los Profs. Dres. Manuel Aráuz Ulloa, M.ª Asunción Moreno Castillo y José-Zamyr Vega Gutiérrez*, Managua, UCA Publicaciones, 2017.
- Luzón Campos, Enrique*, Legítima defensa, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 227-241.
- Maqueda Abreu, María Luisa*/ Laurenzo Copello, Patricia*, El Derecho penal en casos, Parte General, Teoría y práctica, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Martínez Arrieta, Andrés*/ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, El recurso de casación y de revisión penal, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, Derecho Penal económico y de la empresa: Parte General, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, El delito de administración desleal de patrimonio ajeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Mata y Martín, Ricardo M.*, Fundamentos del sistema penitenciario, Madrid, Editorial Tecnos, 2016.

- Miró Llinares, Fernando*, Cometer delitos en 140 caracteres, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Modolell González, Juan Luis*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal, Libertas, 6, 2017, pp. 273-287.
- Monge Fernández, Antonia*, El delito concursal punible tras la reforma penal de 2015 (análisis de los artículos 259 y 259 bis CP), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Moreno Hernández, Moisés*, Dogmática penal y política criminal, Ubijus Editorial SA de CV, 2018.



- Morillas Cueva, Lorenzo* (dir.), Sistema de Derecho penal. Parte Especial, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, S.L., 2016.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Sistema de Derecho Penal. Parte General, 3.ª ed., Madrid, Dykinson S.L., 2016.
- Muñoz García, Miguel Ángel*, Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso en el Derecho penal financiero y el lavado de activos, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2016.
- Muñoz Ruiz, Josefa*, Las circunstancias atenuantes muy cualificadas, Pamplona, Aranzadi, 2016.
- Núñez Paz, Miguel Ángel*, Discusión histórica vigente en torno al "no hacer" desvalorado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Orts Berenguer, Enrique / Alonso Rimo, Alberto/Roig Torres, Margarita*, Peligrosidad criminal y estado de derecho, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- Pereira Garmendía, Mario*, Responsabilidad por los delitos atroces, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Reflexiones y críticas sobre el pensamiento de la acumulación, LLP, 128, 2017.

- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Determinación de la pena, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 15-35.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Principio de legalidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 49-66.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Circunstancias atenuantes y agravantes, en: Luzón Peña* (dir.)/Roso Cañadillas* (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 451-469.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, ¿Pueden los bienes jurídicos supraindividuales ser lesionados mediante conductas individuales?, RGDP, 29, 2018, pp. 1-45. Tb en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 45-91.
- Pérez del Valle, Carlos*, Lecciones de Derecho penal, Madrid, Dykinson, 2016.
- Portilla Contreras, Guillermo*/Pérez Cepeda, Ana* (dirs.), Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal, Salamanca, Ratio Legis, 2016.
- Portilla Contreras, Guillermo*, Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia, Nuevo Foro Penal, 88, 2017, pp. 113-149.
- Ramos Martínez, Luis Miguel*, Otras dos posibles soluciones a las condenas de prisión inacumulables: la aplicación analógica de la prisión permanente revisable y la previsión de medidas de seguridad, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber

Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 355-368.

- Rafols Pérez, Ignacio Javier*, Consecuencias accesorias: la nueva regulación sustantiva y procesal del decomiso tras las reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y la Ley 41/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 5-49.
- Rafols Pérez, Ignacio Javier*, Cuestiones sobre determinación de la pena tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, en: Rasillo López (dir.), Últimas reformas penales (2016), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 95-106.
- Ragués i Vallès, Ramon*, La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Roca Agapito, Luis*, Las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rodríguez Ferrández, Samuel*, La evaluación de las normas penales, Madrid, Dykinson, 2017.
- Rodríguez Horcajo, Daniel*, Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, Causalidad e imputación objetiva, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 131-150.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, Acción y omisión: hacia una relativización de la distinción en relación con la actividad médica, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 317-369.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, El Derecho penal tras la Revolución Rusa. Un paréntesis de 100 años, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente

Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 259-282.

- Roig Torres, Margarita*, La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable, Madrid, Iustel Publicaciones, 2016.
- Roig Torres, Margarita*, Una aproximación al concepto de «corrupción». Las recientes leyes de reforma del código penal alemán sobre la materia, Libertas, 6, 2017, pp. 288-345.
- Roldán Barbero, Horacio*, Introducción a la investigación criminológica, 3.ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Roldán Barbero, Horacio*, Manual de Derecho penal, Parte general. (Adaptado al Título de Grado de Derecho y de Derecho +ADE), 2ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Rubio Lara, Pedro Ángel*, Manual teórico-práctico de la teoría jurídica del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rubio Lara, Pedro Ángel*, Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rueda Martín, Mª Ángeles*, La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código penal, Atelier, 2018.
- Rusconi, Maximiliano*, El origen constitucional de la imputación penal, Buenos Aires, Editorial B de f, 2016.
- Schünemann, Bernd*, La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del Derecho penal, en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 31-45.

- Silva Sánchez, Jesús María*, Fundamentos del Derecho penal de la empresa, 2.ª ed., Madrid, Editorial B de f, 2016.
- Silva Sánchez, Jesús María*/Queralt Jiménez, Joan Josep*/Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Castiñeira Palou, M.ª Teresa (coords.), Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires, B de f, 2017. Entre los autores de los artículos se encuentran numerosos patronos y socios de la FICP (véase el índice).

- Silva Sánchez, Jesús-María*, Responsabilidad penal de las empresas y compliance, Ediciones Olejnik, 2018.
- Suárez López, Beatriz*, Retos de la minería ilegal en Colombia. Estudio del artículo 333 del Código Penal Colombiano: contaminación ambiental por explotación minera, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 467-492.
- Tavarez, Juarez*, "Fundamentos de teoria do delito", Tirant lo Blanch Brasil, 2018.

- Torres Cadavid, Natalia*, Autoría, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 397-411.
- Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro, Nuevo Foro Penal, 90, 2018, pp. 54-102.
- Torres Cadavid, Natalia*, La responsabilidad penal del asesor fiscal como autor del delito de defraudación tributaria (art. 305 CP). Una propuesta de *lege lata*, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 419-465.
- Uribe Barrera, Juan Pablo*, Aspectos introductorios al debate de la doctrina española repsecto al establecimiento de los límites entre la libertad de expresión y el Derecho penal, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 207-222.
- Urruela Mora, Asier*, El Derecho penal ante el fenómeno de las agresiones a profesionales sanitarios, Editorial Comares, 2018.
- Varela, Lorena*, Dolo y Error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva, Barcelona, José María Bosch Editor, 2016.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Estado de necesidad, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 243-261.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Cumplimiento del deber. Obediencia debida, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico

práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 263-278.

- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, El objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis CP español), en: Luzón Peña, Diego-M. (dir.)/Schünemann, Bernd*/Luzón Peña, Diego-M./de Vicente Remesal, Javier/ Díaz y García Conlledo, Miguel/Paredes Castañón, José Manuel/Olaizola Nogales, Inés/Trapero Barreales, María A. /Barber Burusco, Soledad/Roso Cañadillas, Raquel/Durán Seco, Isabel/Jericó Ojer, Leticia/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/García Mosquera, Marta*/Vega Gutiérrez, José-Zamyr*/Escobar Vélez, Susana*/Martínez Cantón, Silvia, Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II, Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018, pp. 415-436.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Información relevante y delincuencia bursátil, en: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo (dirs.)/A. Alpaca*/C. Pérez-Sauquillo*/D.-M. Luzón/M. Díaz y G. Conlledo/ J. de Vicente Remesal/ M. Aráuz/J.P. Uribe*/ R. Roso/ V. Rodríguez Vázquez*/M. Trapero/L. M. Ramos*/M. García Mosquera*/J.-Z. Vega*/I. Olaizola/N. Torres*/B. Suárez*/I. Durán/J. M. Paredes/L. Jericó/J. M. García Sobrado*/S. Martínez Cantón, Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario Por la Escuela de los Directores y la FICP. Madrid: FICP / Reus, 2018, pp. 383-408.
- Velásquez Velásquez, Fernando*, La justicia penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Vicente Remesal, Javier de/García Mosquera, Marta*/Rodríguez Vázquez, Virxilio*, Clases de tipos, en: Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 109-130.
- Wolter, Jürgen*, O inviolável e o intocável no direito processual penal (ed.: L Greco; trads.: Greco*, Leite*, Viana*), São Paulo, Marcial Pons, 2018.

- Wolter, J.*/Küper, W./Hettinger, M./Eschelbach, R. (eds), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 9/2018: Jürgen Wolter zum 75. Geburtstag, C. F. Müller, pp. 473-552.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl*, Doctrina penal nazi, Ediar. Sociedad Anonima Editora, Buenos Aires. Argentina, 2017.
- Zúñiga Rodríguez, Laura*, Criminalidad organizada transnacional, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- 8 de mayo de 2018. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán* (patrono). "Ejecución de las medidas de seguridad". Moderador: Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* (patrono). V Congreso Nacional Penitenciario Legionense. Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de León, la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip) y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo). Lugar: Salón de Grados, Facultad de Derecho de la Univ. de León.
- 14 de mayo de 2018. Ponencias del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña (Presidente de honor) sobre "Cuestiones generales sobre la responsabilidad jurídica en el deporte" y "Tratamiento jurídico-penal de las lesiones deportivas". Seminario de Doctorado organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España.
- 14 de mayo de 2018. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña (Presidente de honor) sobre "El concepto de culpabilidad". Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España.
- 15 de mayo de 2018. Ponencias del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo (patrono) sobre "El dopaje ante el Derecho Penal" y "Corrupción deportiva y Derecho Penal". Seminario de Doctorado organizado por el Área de

Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España.

- 18 de mayo de 2018. Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* (patrono): "Delitos de odio y principio del hecho". II Seminario de Derecho Penal de la UAM sobre "La crisis del principio del hecho" (coords.: Profs. Dres. Pozuelo y Maraver). Facultad de Derecho, Univ. Autónoma de Madrid, España.
- 30 de mayo de 2018. Conferencia inaugural del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (Presidente de honor): "Culpabilidad y libertad". II Seminario sobre Retos actuales de las Ciencias Jurídicas, en el marco del Programa de Doctorado en Derecho (dir.: Prof. Dra. E. Carmona, Coordinadora del Programa de Doctorado). Lugar: Sala de Juntas (2ª planta) de la Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, España.
- 11 de junio de 2018. Participación de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales (patrona) en la mesa redonda "Corrupción privada: Compliance". Seminario Internacional sobre Cultura de la Legalidad y Lucha contra la Corrupción. Organizado por la Red de Excelencia en "Cultura de la Legalidad y Lucha contra la Corrupción" y Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad (NEW TRUST-CM) de la Comunidad de Madrid, con la colaboración del Programa propio de investigación de la Universidad Carlos III de Madrid y del Decanato de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas (dirs.: Profs. Dres. José María Sauca y Manuel Villoria).
- 14-15 de junio de 2018. Con motivo de la celebración del XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña), Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá (España), intervinieron los siguientes miembros del patronato de la FICP.
  - Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* (Presidente) como moderador de la ponencia del Prof. Dr. Sergio Moccia "El rol de la dogmática penal ante la transformación de la política criminal y del Derecho penal".
  - Ponencia invitada especial del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín* (patrono) sobre "Modelos de prevención de delitos y oficial de cumplimiento". Moderador: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (patrono).
  - Participación del Prof. Dr. Ángel Sanz Morán* (patorno) como moderador de la ponencia del Prof. Dr. Andrea R. Castaldo "La lucha contra la corrupción entre percepción y realidad criminal".

- Ponencia de la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer* (patrona de la FICP) sobre "Impacto de la reforma del CP de 2015 sobre la legislación penal de menores". Moderador: Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos* (patrono).
- Participación del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* (patorno) como moderador de la ponencia del Prof. Juan Pablo Uribe Barrera "Libertad de expresión en España: ¿Una situación sorprendente?".
- Participación de la Prof. Dra. Isabel Durán Seco* (patrona) como moderadora de la ponencia de la Prof. Beatriz Suárez López sobre "La estructura del tipo de injusto del delito de contaminación ambiental".

- 20 de junio de 2018. Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*: "Compliance penal y prevención del discurso del odio". Seminario "Empresas de comunicación y *compliance*", organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología y de Derecho internacional Público y Relaciones Internacionales, así como por el grupo de investigación consolidado coordinado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig* (AGAUR 2017 SGR 1754), Directores académicos: Profs. Dres. Queralt Jiménez, Corcoy Bidasolo* y Cardenal Montraveta. Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona.
- 5-6 de julio de 2018. Con motivo de la celebración del XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por las Áreas de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. García Amado y Díaz y García Conlledo), Facultad de Derecho de la Univ. de León (España), intervinieron los siguientes miembros del patronato de la FICP.
  - Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (patrono): "¿Sirven para algo la dogmática jurídico-penal y la teoría del delito?". Moderador: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* (Presidente de honor).
  - Participación del Prof. Dr. Juan Antonio García Amado* (patrono) como moderador de la ponencia del Prof. Dr. Carbonell Sánchez "Poniendo límites al legislador penal: el uso argumentativo de la taxatividad y la proporcionalidad".
  - Participación del Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo* (patrono) como moderador de la ponencia del Prof. Dr. Luís Greco "¿Qué pasa actualmente en la ciencia del Derecho penal alemana? Una observación participante".
- 28 de agosto de 2018. Con motivo del Coloquio Internacional "Problemas contemporáneos del Derecho penal a propósito de la Escuela de Claus Roxin", organizado por el Ministerio Público - Fiscalía de la Nación de Perú, participarán

como ponentes los Profs. Dres. Dres. h.c. de Vicente Remesal* (Presidente), Luzón Peña* (Presidente de honor) y Díaz y García Conlledo* (patrono). Lugar: Auditorio principal del Ministerio Público, Lima, Perú.

Los Profs. Dres. Dres. h.c. De Vicente Remesal, Luzón Peña y Díaz y García Conlledo tras el coloquio, durante la entrega de diplomas y obsequios. Abajo a la dcha., los tres posan junto al Fiscal de la Nación, el Excmo. Sr. Chávarry.

De izq. a dcha., los Profs. Dres. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo, Luzón Peña y De Vicente Remesal posando con sus obsequios.

- 10-14 de septiembre de 2018. Con motivo de la celebración del Congreso Nacional de Penología: "Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI", organizado en colaboración por la Univ. de Oviedo, el Ministerio de Economía y Competitividad, el Ayuntamiento de Oviedo, la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal y el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo (dir.: Prof. Dr. Luis Roca Agapito) Oviedo, España, tendrá lugar la intervención de los siguientes patronos de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón*: "La voluntad popular como argumento de política penológica".
  - Participación del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* como moderador de la mesa "Retos de la prisión I".
  - Ponencia de la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales*: "La suspensión de la pena de prisión: regulación y propuestas".
- 25-27 de septiembre de 2018. Con motivo de la celebración del III Congreso Mundial de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Pichincha, Univ. Central del Ecuador, tendrán lugar las intervenciones de los siguientes miembros del patronato de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. h.c. mult. Luzón Peña* (Presidente de honor): "Imputación objetiva en participación en autopuestas en peligro y heteropuestas en peligro consentidas".

– Ponencia del Prof. Dr. Dres. h.c. Díaz y García Conlledo* (patrono): "¿Qué es y para qué sirve hoy la teoría del delito?".

- 27 de septiembre de 2018. Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* (patrona): "El dolo en la delincuencia socioeconómica". Jornadas en homenaje al Profesor Lorenzo Morillas Cueva, organizadas por la Univ. de Granada, Granada, España.

b) Socios (con asterisco los socios)

- 11 de junio de 2018. Participación de los Profs. Dres. Álvarez García* y Dopico Gómez-Aller* en la mesa redonda "Corrupción privada: Compliance". Seminario Internacional sobre Cultura de la Legalidad y Lucha contra la Corrupción. Organizado por la Red de Excelencia en "Cultura de la Legalidad y Lucha contra la Corrupción" y Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad (NEW TRUST-CM) de la Comunidad de Madrid, con la colaboración del Programa propio de investigación de la Universidad Carlos III de Madrid y del Decanato de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas (dirs.: Profs. Dres. José María Sauca y Manuel Villoria).
- 14-15 de junio de 2018. Con motivo de la celebración del XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña), Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá (España), intervinieron los siguientes socios de la FICP.

- Ponencia invitada especial del Prof. Dr. Sergio Moccia*: "El rol de la dogmática penal ante la transformación de la política criminal y del Derecho penal".
- Ponencia invitada especial del Prof. Dr. Andrea R. Castaldo*: "La lucha contra la corrupción entre percepción y realidad criminal".
- Ponencia de la Prof. Lina Cardona Cardona*: "Delitos de alteración de precios en el mercado: una reconstrucción del bien jurídico protegido". Moderadora: Prof. Dra. M.ª Ángeles Rueda Martín*.
- Ponencia de la Prof. Beatriz Suárez López* sobre "La estructura del tipo de injusto del delito de contaminación ambiental".
- Ponencia del Prof. Juan Pablo Uribe Barrera* "Libertad de expresión en España: ¿Una situación sorprendente?".

- 20 de junio de 2018. Participación del Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta* como moderador de la ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín sobre "Compliance penal y prevención del discurso del odio". Seminario "Empresas de comunicación y *compliance*", organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología y de Derecho internacional Público y Relaciones Internacionales, así como por el grupo de investigación consolidado coordinado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig (AGAUR 2017 SGR 1754), Directores académicos: Profs. Dres. Queralt Jiménez*, Corcoy Bidasolo y Cardenal Montraveta*. Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona.
- 5 de julio de 2018. Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco*: "¿Qué pasa actualmente en la ciencia del Derecho penal alemana? Una observación participante". Con motivo de la celebración del XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por las Áreas de Derecho penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. García Amado y Díaz y García Conlledo), Facultad de Derecho de la Univ. de León (España).
- 10-14 de septiembre de 2018. Con motivo de la celebración del Congreso Nacional de Penología: "Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI", organizado en colaboración por la Univ. de Oviedo, el Ministerio de Economía y Competitividad, el Ayuntamiento de Oviedo, la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal y el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo (dir.: Prof. Dr. Luis Roca Agapito*) Oviedo, España, tendrá lugar la intervención de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Luis Roca Agapito*: "La masificación de las cárceles".

- Participación de la Prof. Dra. Sona Villa Sieiro* como moderadora de las mesas "Retos de la prisión II" y "Delincuentes peligrosos II".
- Participación del Prof. Dr. Luis Roca Agapito* como moderador de la mesa "Delincuentes peligrosos I".
- Ponencia del Prof. Dr. Francisco Javier Álvarez García*: "Efectos psicosociales del cumplimiento de penas largas privativas de libertad".
- Participación de la Prof. Cristina López López* como moderadora de la mesa "Vigilancia electrónica".
- Ponencia de la Prof. Dra. Sonia Villa Sieiro*: "La pena de alejamiento de la víctima".
- Ponencia del Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli*: "La progresiva expansión del decomiso".
- Participación del Prof. Dr. García Amez* como moderador de la mesa "Corrupción y penas".

- 25-27 de septiembre de 2018. Con motivo de la celebración del III Congreso Mundial de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Pichincha, Univ. Central del Ecuador, tendrán lugar las intervenciones de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. h.c. mult. Núñez Paz*: "El delito intentado: fundamentos y naturaleza".
  - Ponencia del Prof. Dr. Greco*: "Legítima defensa y proporcionalidad"
  - Ponencia del Prof. Dr. Abel Souto*: "Teorías de la pena y alternativas a la prisión".
  - Ponencia del Prof. Dr. Fernández Teruelo*: "Cuestiones de autoría y participación en los delitos de empresa".
- 27-28 de septiembre de 2018. Con motivo de la celebración de las Jornadas en homenaje al Profesor Lorenzo Morillas Cueva, organizadas por la Univ. de Granada, Granada, España, tendrá lugar la intervención de los siguientes socios de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. del Rosal Blasco*: "Transferencia de responsabilidad en la sucesión de empresas."
  - Participación del Prof. Dr. José E. Sáinz-Cantero Caparrós* como moderador de la mesa "Cuestiones de Derecho penal socioeconómico".
  - Participación del Prof. Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar * como moderador de la mesa "Cuestiones penales de actualidad".

- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos M.ª Romeo Casabona*: "Predictividad delictiva y sistemas inteligentes".
- Ponencia del Prof. Dr. Joan Josep Queralt*: "El agente público de cumplimiento".
- Participación del Prof. Dr. Jesús Barquín Sanz* como moderador de la mesa "Política criminal y víctimas".
- Ponencia del Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu*: "Crisis del garantismo penal".
- Palabras del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*.

▪ 21-23 de noviembre de 2018. Con motivo de la celebración del Congreso Internacional sobre Orden Público, Seguridad Ciudadana y Justicia Preventiva, organizado por la Univ. Internacional Menéndez Pelayo (dirs.: Profs. Dres. Alonso Rimo y Colomer Bea), Valencia, España, tendrán lugar las siguientes internvenciones de socios de la FICP:

- Ponencia del Prof. Dr. Luis Greco*: "La criminalización en el estadio previo: balance". Moderador: Prof. Dr. González Cussac*.
- Ponencia de la Prof. Dra. Maqueda Abreu*: "La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las "clases peligrosas". Moderador: Prof. Dr. Carbonell Mateu*.
- Ponencia del Prof. Dr. Portilla Contreras*: "La contrarrevolución preventiva emprendida por el Derecho administrativo para hacer frente a los movimientos de protesta y desobediencia civil. La nueva Ley de seguridad ciudadana".
- Participación del Dr. José M.ª Nacarino Lorente* en la mesa redonda sobre "Valoración de la aplicación de las reformas penal y administrativo-sancionadora de 2015".

(ii) Organización de seminarios y congresos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

▪ **V Congreso Nacional Penitenciario Legionense**

7-8 de mayo de 2018. Sobre "Los sujetos peligrosos y las medidas de seguridad". Evento organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de León, la Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip) y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dres. h.c. Miguel Díaz y García Conlledo*,

patrono de la FICP). Salón de Grados, Facultad de Derecho de la Univ. de León (León, España).

En Actas de Congresos y Seminarios se encuentran disponibles el programa y las Actas del Congreso.

- **XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

14-15 de junio de 2018. Sobre "Derecho penal general y de empresa". Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña*, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coordinadores: Profs. Dres. Roso Cañadillas*, Vega Gutiérrez, Pérez-Sauquillo Muñoz y Prof. Cardona Cardona. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco* (Univ. de León). Lugar: Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (Madrid, España).

Las Actas del seminario se encuentran publicadas en la sección de Actas de Congresos y Seminarios.

- **Seminarios de Docencia e Investigación DP-ULE**

14 de mayo de 2018. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá, sobre "El concepto de culpabilidad". Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, España.

El cartel del evento se encuentra publicado en nuestra página web, en Eventos anteriores.

- **XIX Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.**

5-6 de julio de 2018. Sobre "Sentido y función de la dogmática jurídico-penal". Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, respectivamente). Facultad de Derecho, Univ. de León (España).

En Actas de Congresos y Seminarios se encuentran disponibles el programa y las Actas del Seminario, con los vídeos de las ponencias y los debates.

- **Seminario "Empresas de comunicación y *compliance*"**

  20 de junio de 2018. Evento organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología y de Derecho internacional Público y Relaciones Internacionales, así como por el grupo de investigación consolidado (GRC de la Gen. de Cataluña) coordinado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig* (AGAUR 2017 SGR 1754). Directores académicos: Profs. Dres. Queralt Jiménez (socio de la FICP), Corcoy Bidasolo* (patrona de la FICP) y Cardenal Montraveta (socio de la FICP). Coordinación: Prof. Dra. Fernández Bautista (socia de la FICP). Lugar: Sala A-411 (Edifici Nou), Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona.

b) Socios (con asterisco los socios)

- **XXI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

  14-15 de junio de 2018. Sobre "Derecho penal general y de empresa". Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de Honor de la FICP y Catedrático de Derecho penal. Coordinadores: Profs. Dres. Roso Cañadillas, Vega Gutiérrez*, Pérez-Sauquillo Muñoz* y Prof. Cardona Cardona*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco (Univ. de León). Lugar: Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (Madrid, España).

  Las Actas del seminario se encuentran publicadas en la sección de Actas de Congresos y Seminarios.

- **Seminario "Empresas de comunicación y *compliance*"**

  20 de junio de 2018. Evento organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología y de Derecho internacional Público y Relaciones Internacionales, así como por el grupo de investigación consolidado (GRC de la Gen. de Cataluña) coordinado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Mir Puig (AGAUR 2017 SGR 1754). Directores académicos: Profs. Dres. Queralt Jiménez*, Corcoy Bidasolo* y Cardenal Montraveta*. Coordinación: Prof. Dra. Fernández Bautista*. Lugar: Sala A-411 (Edifici Nou), Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona.

- **Congreso Nacional de Penología: "Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI"**

  10-14 de septiembre de 2018. Organizado en colaboración por la Univ. de Oviedo, el Ministerio de Economía y Competitividad, el Ayuntamiento de Oviedo, la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal y el Ilustre Colegio de

Abogados de Oviedo. Dirección: Prof. Dr. Luis Roca Agapito*. Coordinación: Profs. Dras. María Marta González Tascón, Sonia Victoria Villa Sieiro* y la Prof. Cristina Isabel López López*. Diversas ubicaciones en Oviedo, España.