Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2014-3

(diciembre 2014)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMARIO

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

1. Opinión, reflexión y debate 6

Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología 6
Declaración de Tegucigalpa

Excmo. Sr. Dr. D. Manuel-Jesús Dolz Lago 9
La fiscalía ante la pobreza y desprotección social infantil: algunas reflexiones

Jueces para la Democracia/Unión Progresista de Fiscales 35
Comunicado sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

2. Estudios 39

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Eugenio R. Zaffaroni 39
Los derechos humanos como programa y realidad

Excmo. Sr. Dr. D. Manuel-Jesús Dolz Lago 55
Crisis económica y criminalización de los piquetes de huelga: claves para juristas

Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas 83
Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría de delito y la ignorancia deliberada

Prof. Dra. D.ª Mª José Trenzado Asensio *108*
La influencia del tiempo en el Derecho penal de menores: caducidad

3. Recensiones 114

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Francisco Muñoz Conde 114
Recensión del libro ROXIN, Claus, Derecho penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito, Civitas/Thomson Reuters, 2014

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY 117

1. España 117

Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la LECrim 117

2. Argentina 153

Anteproyecto del Código Penal de la Nación 153
Nuevo Código Procesal Penal de la Nación 153

3. Colombia 153

Modificaciones del Código Penal colombiano 153
Ley 1652 de 12 de julio de 2013 163
Ley 1696 de 19 de diciembre de 2013 165
Ley 1709 de 20 de enero de 2014 171
Ley 1719 de 18 de junio de 2014 209

4. Ecuador 223

Código Orgánico Integral Penal 223

5. Perú 224

Proyecto de ley del nuevo Código Penal 224

III. NOTICIAS DE LA FICP 225

1. Seminarios y cursos 225

2. Campaña de difusión 225
IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 225
1. Distinciones, galardones; grados académicos 225
2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP 228
3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 230

I.TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

Declaración de Tegucigalpa[1]

~Asamblea General de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología[2]~

Nuestra región sufre una violencia letal inusitada, en comparación con casi todos los países del mundo que no padecen conflictos armados. Así lo revelan las cifras oficiales de muertes violentas. Las víctimas fatales de esa violencia son, en aterradora mayoría, nuestros jóvenes y adolescentes. El incalificable crimen de Ayotzinapa en México no es más que una macabra aberración que proporciona visibilidad a una masacre continuada, que desde hace unos años viene cobrando vidas jóvenes ante la indiferencia, el ocultamiento o la normalización mediática que opera sedativamente sobre las poblaciones, al tiempo que distrae la atención con instigaciones descaradas a la venganza más primitiva, al desprecio de los valores más elementales de la humanidad y a un retorno irracional a la premodernidad.

Frente a los hechos de Ayotzinapa no se trata sólo de condenar una situación que se ha "desnormalizado" buscando a los culpables puntuales y menos aun inventándolos, sino de encarar seriamente el cuadro general de violencia criminal e institucional -en demasiadas ocasiones superpuestas-, del que el aberrante episodio no es más que un capítulo de una región que confiesa padecer los índices de homicidios más altos del mundo: entre los 23 países que en el mundo superan el índice de homicidios de 20 por cien mil habitantes anuales, 18 son latinoamericanos y del Caribe.

[1] Declaración facilitada por el Prof. Dr. Javier Augusto de Luca, socio de la FICP, a quien agradecemos su amable colaboración.

[2] Profs. Dres. Eugenio Raúl Zaffaroni (socio de la FICP), Carmen Antony, Elías Carranza, Matías Bailone, César Landelino Franco, Jorge Rossel, Alejandro Alagia, Germán Aller, Rodrigo Codino, Myrna Villegas, Luis Fernando Niño, Jorge Carreón, Hermes Ramírez, Iván Martínez, Manuel Espinoza de los Monteros, siguen las firmas.

Los esfuerzos institucionales y personales de quienes cultivan y enseñan nuestras disciplinas en la región, por elemental imperativo moral, no pueden dejar de concentrar su atención en la salvación de vidas de nuestros jóvenes y adolescentes. Contra la campaña mediática sucia, llevada a cabo en casi toda la región, las cifras muestran que los adolescentes son mucho más víctimas que victimarios. La victimización muestra una clara selección etaria y también una lamentable tendencia discriminatoria no sólo clasista sino también de género y racista.

Sin duda que son varios y complejos los factores que inciden en la producción de un número tan aterrador de muertes. De cualquier manera los conocemos, aunque no disponemos de todas las respuestas adecuadas, incluso sabemos que muchas no tendrían valor universal, y ni siquiera validez en toda la región. Por ende, recomendamos a todos nuestros colegas y a todos los que con buena voluntad, desde otras latitudes, quieran sumarse al esfuerzo, poner especial énfasis en el estudio de los siguientes problemas que convergen en la desgraciada coincidencia productora de esta continuidad masacradora:

1. Desbaratamiento de la legislación penal y procesal penal tradicional y respetuosa de la dignidad humana; penas irracionales, empleo generalizado de la prisión preventiva, sistemas inquisitoriales disfrazados de acusatorios, etc.
2. Superpoblación carcelaria, deterioro de las condiciones prisionales, altísimo porcentaje de presos sin condena, altísima morbilidad y mortalidad carcelaria.
3. Autonomización de las fuerzas policiales y consiguiente incremento de sus fuentes de financiación ilícita, entrenamiento violento, orden interno autoritario y arbitrario, prohibición de la sindicalización, negligencia en el cuidado de la vida de sus miembros, en particular los de menor jerarquía.
4. Letalidad del accionar policial, ejecuciones sin proceso, procedimientos especiales que facilitan la impunidad, análisis de las víctimas del accionar policial, demostrativo de tendencias racistas y clasistas en su selección.
5. La asignación de funciones policiales a las fuerzas armadas, con el consiguiente riesgo de su deterioro y paralelo debilitamiento del potencial de defensa nacional.
6. La función de los medios de comunicación, especialmente de los radiales y televisivos monopolizados y oligopolizados. Sus mensajes vindicativos, su prédica amenazadora para linchamientos de políticos y jueces, su comunicación de entretenimiento (series policiales), su agresión a las garantías constitucionales,

la creación de realidad violenta donde no la hay, y el disimulo o normalización donde la hay.

7. La sumisión del comportamiento político ante la presión mediática televisiva. Los políticos y gobernantes que reaccionan por miedo, y los que lo hacen por oportunismo, ignorancia o incapacidad de acceder a la realidad.

8. Las actitudes judiciales, el grado de independencia judicial para investigar la violencia del crimen organizado y las policías, su aptitud para hacer valer las garantías. Las amenazas y destitución a jueces por parte de las cúpulas del poder político y de los medios concentrados.

9. La profusión de armas de fuego, su control y supervisión, su venta comercial. La incidencia en muertes violentas.

10. Las diferentes situaciones y el lenguaje bélico que genera la prohibición de tóxicos según la ubicación geográfica y el papel desempeñado por cada país en la cadena de producción, comercialización y exportación. Los resultados hasta el presente son claramente paradojales en todo el continente. Si bien las soluciones no son simplistas, es claro que la actual política regional debe reverse con urgencia, dado que a todas luces es una de las más claras fuentes de muertes violentas, no por efecto de los tóxicos, sino de los homicidios. En tal sentido debe mirarse con atención el proceso de cambio iniciado en la República Oriental del Uruguay.

Estos problemas, cuya investigación se nos impone, tienen un marco que no es posible ignorar, aunque su reversión escapa de nuestras manos. América Latina es una región que presenta los índices de desigualdad distributiva de la renta también más altos del mundo. Si bien se trata de una cuestión de política general, no podemos dejar de señalar su significativa correlación con los índices de homicidios.

Tegucigalpa, Honduras, 20 de noviembre de 2014.

* * * * * *

La fiscalía ante la pobreza y desprotección social infantil: algunas reflexiones[1]

~Excmo. Sr. Dr. D. Manuel-Jesús Dolz Lago~
Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

I. EL FISCAL, OBLIGADO PROTECTOR DEL MENOR ANTE SU DESPROTECCIÓN SOCIAL

Quizás no sería necesario insistir más en el marco europeo, constitucional y legislativo, que encomienda al MF la función protectora de los menores de edad y fuera más interesante reflexionar sobre las limitaciones prácticas estructurales a esa función de los fiscales derivadas de las políticas de la infancia, familia y su entorno[2] agravadas por la crisis económica[3].

El Informe de fecha 3 de noviembre de 2010, sobre la situación de España, del Comité de Derechos del Niño, que vela por la aplicación de la Convención de Derechos del Niño en los Estados miembros (*cfr.* art. 44 CDN), en sus aps. 52 y 53, advertía sobre la necesidad de implantar políticas sociales más eficaces que erradiquen la pobreza infantil en España.

A pesar de ello, en este año 2014 se ha conocido un injustificable dato: después de Rumanía, España es el país europeo donde más ha aumentado esta pobreza infantil[4].

---

[1] Artículo publicado en el Diario La Ley, 8335, 18 de Junio de 2014.

[2] En las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 2006 y 2007, en el capítulo sobre actividad del Fiscal de Sala Delegado en materia de Responsabilidad Penal de los Menores, en cuya redacción tuvimos el honor de participar, ya advertíamos de estos condicionantes en la acción de los fiscales.

[3] Véanse los monográficos Crisis económica: Diagnósticos y Pronósticos, I y II, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 28 y 29, abril 2012 y mayo 2012. También, en relación con España, COLINO, César/COTARELO, R. (comp.), España en crisis. Balance de la segunda legislatura de Rodríguez Zapatero, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 542 p.; y SÁNCHEZ-CUENCA, I., Años de cambios, años de crisis. Ocho años de gobiernos socialistas, 2004-2011, Madrid, Los libros de la Catarata y Fundación Alternativas, 2012, 108 p. Desde el punto de vista comparativo, DEL PINO, E./RUBIO LARA, M.ª Josefa (eds.), Los Estados del Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada, Madrid, Tecnos, 2013. Para un análisis de economía política, GÓMEZ SERRANO, Pedro José (coord.), Economía política de la crisis, Madrid, Editorial Complutense, 2011 y monográfico Economía de las políticas públicas, Sistema, 225 y 226, mayo 2012, con estudios de KLINDT, M. P. y HALKJAER sobre la flexiseguridad y el modelo laboral danés y de FERNÁNDEZ-MACÍAS, E., sobre la política laboral española. MONEREO PÉREZ, J. L./SÁNCHEZ MONTOYA, J. E. (dirs.), El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, Comares, 2010, 798 p. En prensa, mi estudio Los delitos contra la seguridad social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad, Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Iustel.

[4] Según informe de Cáritas Europa. Véase El Mundo, de 27 de marzo de 2014. También, en El País, de 27 de marzo de 2014. Uno de cada cuatro menores de 16 años en España vive por debajo del umbral de la pobreza, según datos del INE (El Mundo, 29 de mayo de 2014, donde se informa que la huella de la pobreza infantil dura toda la vida según la reunión anual de Asociación de Economía de la Salud (AES)

celebrada en Pamplona, en la que se afirma que está probado científicamente que todos los niños en situación de pobreza infantil sufrirán en su edad adulta más riesgo de obesidad, problemas cardiovasculares, deterioro cognitivo, exclusión social, salarios más bajos y otros problemas. Pilar GARCÍA, vicepresidenta de AES señala que «cada vez está más claro que las condiciones de vida durante los cinco primeros años de vida de un niño le marcan para el resto de su vida». En el citado artículo periodístico se indica: «En el caso de situaciones más extremas, como el maltrato infantil, existen incluso evidencias científicas que demuestran que esa violencia deja una huella física en el cerebro de los menores. Como demostraba recientemente Joaquim RADUA, presidente de la Sociedad Española de Neuroimagen, en un artículo publicado en la revista The American Journal of Psychiatry, los niños que han sido maltratados en la infancia tienen menor volumen de sustancia gris en ciertas regiones cerebrales que se desarrollan un poco más tarde, en la adolescencia, y que podrían explicar los déficits cognitivos y emocionales de estas víctimas en su edad adulta.

En el caso de la pobreza, explica RADUA a este periódico, también se han detectado disminuciones de volumen —especialmente de materia gris—, así como déficits funcionales. Y aunque admite que sí podría hablarse de una huella física de la pobreza en el desarrollo cerebral, considera que los estudios son aún preliminares.

Como recordaba también recientemente un panel internacional de expertos reunidos en Vancouver (Canadá) por las Sociedades Académicas Pediátricas, los mecanismos por los que la pobreza infantil deja su huella para el resto de la edad adulta son muy variados. Desde marcas en los propios genes (a través de mecanismos epigenéticos que influyen en nuestro ADN a través del ambiente físico), las secuelas que tiene el estrés a través de la oxidación celular, los efectos de la malnutrición, las peores oportunidades educativas...

«Por ejemplo, el estrés de la madre durante el embarazo puede ya incluso tener secuelas en la formación del feto», explica GARCÍA; «pero además, las familias en dificultades económicas pueden tener peor salud mental —lo que influiría en una menor estimulación cognitiva de los niños— mayores niveles de estrés en el hogar, unas peores condiciones de vivienda...».

Los datos sobre el maltrato, por ejemplo, «muestran las graves consecuencias de las adversidades ambientales infantiles en el desarrollo cerebral», señala RADUA a El Mundo. Estudios similares han mostrado las consecuencias del acoso escolar, años más tarde, en forma de depresión, ansiedad, dolor de cabeza o incluso ideas suicidas; pero también como una especie de huella biológica en su organismo.

Como coinciden los especialistas, los efectos de la pobreza durante las primeros años de vida no vienen mediados únicamente por la malnutrición en los primeros años de vida —que se ha relacionado con mayores tasas de obesidad en la edad adulta—, sino a través de ese amplio abanico de mecanismos en los que la educación juega un papel importante. «Sabemos por ejemplo que estos niños tienen peores resultados educativos y eso acaba repercutiendo en peores oportunidades laborales», explica GARCÍA, profesora en la Escuela Erasmus de Economía de la Universidad de Rotterdam. En el caso de las mujeres, añade esta especialista, «se ha demostrado que aquellas con niveles de ingresos más bajos tienen una renta acumulada a lo largo de su vida un 25 % inferior a las mujeres de los niveles superiores».

Marteen LINDEBOOM, profesor de Económicas en la Universidad de Ámsterdam (Holanda) especializado en las secuelas de la pobreza infantil, señala por su parte que estas condiciones de vida iniciales se pueden traducir incluso en dos años menos de supervivencia de media. «Es cierto que la mayoría de estudios sobre este tema se hicieron a principios de siglo, pero también hemos visto que son las intervenciones precoces, precisamente en los primeros años de vida, las que tienen mayor eficacia. Porque lo que ocurre en esos años es luego muy poco reversible y las intervenciones tardías son poco eficaces». Y como él mismo añade, no sólo los grandes eventos (como una guerra) tienen efectos en los niños, sino que otro tipo de eventos (como la contaminación o un ciclo económico bajo) pueden dejar su huella para el resto de la vida.

A pesar de que la crisis económica ha agravado las situaciones de pobreza en España, García recuerda que el problema no es nuevo. «Aquí ya teníamos los niveles de pobreza infantil más altos de Europa. El problema es que las administraciones no se toman el problema en serio porque esto sólo tiene consecuencias a largo plazo y aquí se toman las decisiones más cortoplacistas». «La situación de desempleo en España es tan grave que eso está provocando niveles de estrés muy importantes, que pueden tener consecuencias incluso desde el mismo momento de la formación del feto», añade LINDEBOOM.

Reforzar las becas de comedor o los programas de apoyo escolar para los niños con pocos recursos serían algunas de las soluciones para que ese 25 % de los menores españoles no se conviertan en adultos con una mala salud, que consuman más recursos sanitarios por sus enfermedades crónicas y una menor productividad laboral que el resto de sus coetáneos.»

Pobreza infantil, que es el caldo de cultivo de una marginalidad no ajena a un contexto propiciatorio de la victimización penal de los menores, donde su explotación sexual, prostitución o utilización para la pornografía infantil son una de sus más claras manifestaciones[5].

Es decir, la pobreza infantil y la situación social de los menores son notables factores de riesgo en su victimización penal, por lo que cualquier análisis sobre la protección penal de los menores no puede dejar de advertir de su existencia y necesaria neutralización, también por acción de los fiscales, si realmente se pretende una protección efectiva de los menores expuestos a estos riesgos[6].

No puede desconocerse que el art. 11 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[7], titulado «Principios rectores de la acción administrativa», en su

[5] Según cifras de UNICEF, anualmente ingresan en el turismo sexual infantil 1.000.000 de niños, niñas y adolescentes, sobre todo, en aquellos países con condiciones económicas adversas.
Según datos de la OMT (Organización Mundial del Turismo), durante el año 2005, el 63 % de los niños/as y adolescentes de las capitales latinoamericanas que se encontraban en situación de calle fueron involucrados en la explotación sexual para el turismo.
La OIT (Organización Internacional del Trabajo) considera que aproximadamente 3500 niños/as y adolescentes que viven en la Triple Frontera están vinculados a las distintas formas de explotación sexual, trabajan en las calles, y son reclutados por las redes de explotación, que los obligan a prostituirse en cabarets, prostíbulos, hoteles turísticos y discotecas de la zona. (Fuente: SARKISSIAN, Silvia V., Turismo sexual infantil, siniestro modo de viajar, recurso electrónico disponible en: http://www.san-pablo.com.ar/rol/?seccion=ticulos&id"21.
Véase también Turismo sexual infantil: Más de 35.000 españoles violan niños en Iberoamerica. Isabelle PERIS, coord. del Área de Programas de la sección española de Ecpat Internacional (End Children Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purpouses), cita el estudio en el que se estima que de los 700 millones de personas al año, generalmente de países desarrollados, que realizan viajes internacionales, según datos de la Organización Mundial del Turismo (OMT), un 20 por ciento lo hace con fines sexuales, y un 3 por ciento de éstos, unos 4,2 millones de viajeros, reconoce tendencias pedófilas. Sus lugares de destino son el Caribe, el sudeste asiático (que encabeza, según la OMT, la lista de las regiones más vulnerables del mundo tras el azote del «tsunami»), África y Centroamérica, zonas afectadas por fuertes crisis económicas donde la pobreza y el desempleo están a la orden del día, y en los que la industria del sexo proporciona, amén de trabajo, una importante fuente de ingresos. Según cáculos corroborados por los servicios policiales, los beneficios de tan sórdido mercado alcanzan los 5.000 millones de euros, lo que da idea de que no sólo sirve a unos pocos pedófilos «enfermos» sino que quienes lo disfrutan cada vez más son, como apostilla PERIS, «honestos ciudadanos con diversas culturas, ocupaciones y clases sociales, de todas las edades, casados y solteros y, muchos, padres de familia», en http://www.solidaridad.net/noticia/3257/turismo-sexual-infantil-mas-de-35-000-espanoles-violan-ninos-en-iberoamerica
En el mismo sentido, SANCHA MATA, Víctor, La explotación y el turismo sexual infantil, recurso electrónico disponible en: http://www.inau.gub.uy/biblioteca/turismosexual.pdf

[6] Paloma ESCUDERO, Directora Global de Comunicación de UNICEF afirma que «La pobreza siempre tiene cara de niño. Para que se alcanzaran los Objetivos del Milenio haría falta multiplicar por cinco los logros de los últimos años. No podemos conformarnos con lo que se ha avanzado ni seguir actuando como hemos hecho. Tendríamos que buscar nuevas formas de acelerar los cambios. Porque si no hacemos un esfuerzo correremos el riesgo de perder lo que ya hemos alcanzado. La mayor dificultad con que tropezamos es la falta de conciencia política sobre la necesidad y la urgencia de un nuevo impulso político y económico para reducir la pobreza infantil». Véase El Mundo, de 3 de mayo de 2014.

[7] Los Anteproyectos de Leyes orgánica y ordinaria de Protección a la Infancia, aprobados en el Consejo de Ministros de 25 abril 2014, ahondan en la misma dirección.

párrafo tercero señala que «se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos» y que el núm. 2 d) del mismo precepto establece entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, «la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal», después que la letra a) destaque *la supremacía del interés del menor,* en concordancia con el art. 2 de la misma Ley el art. 3.1 CDN.

Estas normas, a efectos prácticos en la acción de los fiscales, se contextualizan con el art. 10 de la misma Ley sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos, en cuyo ap. 1.º se indica que «los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto», disponiendo para ese fin, entre otros mecanismos, según el núm. 2 b) del mismo precepto que el menor puede «poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas».

Si el menor «puede» poner en nuestro conocimiento estas situaciones, cuanto más también los fiscales de oficio «deben» promover estas acciones.

Así, en cuanto a la pobreza infantil como factor de riesgo en España, se lee en el informe del Comité de 2010:

> 52. El Comité toma nota de los esfuerzos realizados para abordar la cuestión de la pobreza infantil mediante el Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia y los Planes Nacionales de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2006-2008 y 2008-2010[8]. Sin embargo, le

[8] Según el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2013-2016), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 abril 2013, «Desde que España ratificó la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) el 6 de diciembre de 1990, han sido muchos los avances que se han producido en nuestro país en materia de promoción, protección y defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia. Con este fin se elaboró el I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2006-2009) (en adelante I PENIA) prorrogado a 2010, que surge como respuesta a una recomendación del Comité de los Derechos del Niño de 2002 en la que se subrayaba la «necesidad de formular una estrategia global para la infancia sobre la base de los principios y disposiciones de la CDN». Este II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2013- 2016) (en adelante II PENIA), constituye un marco de cooperación de todas las Administraciones Públicas, tanto la Administración General del Estado, como de la Autonómica y la Local, además de otros agentes sociales implicados en los derechos de la infancia, tales como la Plataforma de Organizaciones de Infancia (POI). Su aprobación supone una apuesta estratégica y de legislatura de situar a la infancia como prioridad de la agenda política.
En este II PENIA, se definen de forma consensuada las grandes líneas estratégicas de desarrollo de las políticas de infancia con el objetivo final, de dar un efectivo cumplimiento a la CDN teniendo en cuenta los derechos, pero también los deberes y responsabilidades de los menores de edad. Si el niño se consideró en un tiempo que no era sujeto de derechos, y posteriormente, sólo se subrayó su carácter de titular derechos, hoy debe resaltarse que, de acuerdo con su edad y con su desarrollo evolutivo, es

> preocupa que casi 1 de cada 4 niños viva en un hogar cuyos ingresos son inferiores al umbral de pobreza o corren el peligro de serlo, se preste poca atención a la pobreza infantil y no haya una coordinación suficiente de las políticas y estrategias de lucha contra la pobreza infantil en los distintos contextos, lo cual hace peligrar el desarrollo de los niños.
>
> 53. El Comité recomienda al Estado parte que formule políticas públicas para, en particular, abordar el problema de la pobreza infantil y elabore un plan nacional de lucha contra la pobreza infantil que establezca un marco coherente para determinar las acciones prioritarias contra la exclusión de los niños, con objetivos precisos y cuantificables, indicadores claros, plazos y un apoyo económico y financiero suficiente. El plan deberá prever la coordinación efectiva de las medidas adoptadas a nivel local, nacional y regional, y en las diferentes esferas (en particular, la economía, la atención a la salud, la vivienda, las políticas sociales y la educación) que sean específicamente responsables de los niños, y deberá incluir la necesaria participación de las niñas y los niños.

El informe de UNICEF sobre la situación de la Infancia en España (2010-2011) situaba a España, tras Rumanía, Bulgaria, Italia y Letonia, como el quinto país europeo con más riesgo de pobreza infantil (24 %). En el año 2014, como hemos visto, se ha situado en el segundo país europeo de este oscuro ranking de la pobreza infantil.

Esta alarmante situación social de pobreza infantil en España, provoca que surja cierta perplejidad al leerse en los documentos oficiales del gobierno sobre la infancia algunas afirmaciones que sólo pueden fundamentarse en la mera propaganda política.

Así, en el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2013-2016), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 abril 2013, se lee que la infancia es una prioridad en la agenda política del gobierno. Si es tal prioridad, no se comprenden tan pobres resultados.

---

también y progresivamente «sujeto de responsabilidades» en los diversos ámbitos en los que vive, fundamentalmente en la familia, la escuela, o el barrio» (...).

«En los momentos de crisis económica y financiera en la que nos encontramos, es aún más necesario subrayar la importancia que tiene la inversión en la infancia con equidad. Como es sabido, la inversión en la Infancia es la que presenta mayores efectos positivos, no sólo en el desarrollo económico de una sociedad, sino también en su desarrollo integral.

Invertir en la infancia es fundamental para romper el círculo de la pobreza y reducir las desigualdades existentes en una sociedad.

En este sentido, la pobreza y exclusión social de la infancia son temas especialmente sensibles y complejos, ya que dada su naturaleza multidimensional, no pueden abordarse únicamente desde la perspectiva económica sino de forma integrada: reconociendo la necesidad de apoyar a las familias con hijos, fomentando el acceso al mercado laboral de los padres y madres, adoptando medidas de conciliación, respaldando a los hogares con bajos ingresos, facilitando el acceso a servicios de calidad (sanitarios, educativos, vivienda y entorno favorable) y fomentando la participación de los niños en las políticas que les afectan. Sólo con este enfoque holístico, se conseguirá reducir la tasa de pobreza y exclusión social de los niños y se favorecerá su bienestar.

Una vez finalizado y evaluado el I PENIA se constata que, si bien ha contribuido a mejorar el ejercicio de los derechos de la infancia y ha resultado un instrumento útil para la participación infantil, según ha reconocido el Comité de Naciones Unidas de los Derechos del niño, es imprescindible seguir avanzando en línea con las recomendaciones de dicho Comité.

En efecto; desde la finalización del I PENIA y este segundo, se presentó al Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas el III y IV Informe de Aplicación de la CDN en España. El de 3 noviembre de 2010, el Comité hizo públicas sus observaciones finales a estos informes. El II PENIA incorpora diversas recomendaciones del Comité a sus medidas y responde a los retos que dicho Comité plantea.».

Más recientemente, se han presentado a la ciudadanía los Anteproyectos de Ley Orgánica y ordinaria de Protección de la Infancia, aprobados por el Consejo de Ministros el pasado día 25 abril 2014, en cuyas notas oficiales de prensa se afirma que «esta reforma convierte a España en el primer país en incorporar la defensa del interés superior del niño como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento, tal y como recomendó la ONU en 2013»[9].

No basta ser el primero en cuestiones nominales positivas, por muy importantes que estas sean y la que se cita lo es, sino que hay que aspirar a serlo en cuestiones reales. La realidad nos dice que en aumento de la pobreza infantil somos, eso si, casi los primeros frente a los demás países europeos. Pero ese ser uno de los primeros es un dato real negativo, el cual es contradictorio con el dato nominal positivo que se proclama con tanto énfasis. Habrá que pensar en ello, seriamente, para no quedarse en el discurso formal del Derecho.

Dicho lo anterior, al volver sobre el marco jurídico nos encontramos que las limitaciones prácticas de esa función normativa revelan no sólo un obstáculo real al cumplimiento de la misma sino una indebida neutralización de la propia norma jurídica, que conlleva el mandato de su efectividad *ex* art. 9.2 CE.

En efecto, la actuación tuitiva del fiscal sobre los menores debe enmarcarse en una actuación de un poder público obligado, por imperativo del art. 9.2 CE, «a promover las condiciones para que la libertad e igual del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», en concordancia con los arts. 2, 10.1 y 2 b) y 11 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y CDN de 20 de noviembre de 1989, ya citados.

Desde esta perspectiva constitucional, los fiscales somos un poder público obligado y, como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley así como del interés social *ex* art. 124.1 CE, tenemos la obligación de obligar (las redundancias son buscadas) a los demás poderes públicos para la efectividad de la protección de los menores.

[9] http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2014/refc20140425.htm#Infancia

Es decir, los fiscales somos obligados por doble vía, por un lado, en nuestra calidad de poder público y, por otro, porque nuestra obligación es obligar a los otros poderes públicos.

Si se configura el superior interés del menor, a cuya protección debe orientarse toda la actuación sobre los menores, tanto legislativa como práctica, como un interés público tutelado por la ley, más que un interés social, que también lo será, desde determinada visión solidaria para con los más indefensos, es claro que estamos obligados en la protección del menor porque la misma emana de la legalidad, sus derechos son derechos de los ciudadanos (es más, son derechos humanos) y su interés es ese interés público tutelado por la ley que debemos defender promoviendo la acción de la justicia, parafraseando el art. 124.1 CE.

CARDONA LLORENS[10], en su estudio «Evaluación y determinación del interés superior del niño»[11], al comentar la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS sobre delitos de abusos sexuales a menores[12], recuerda la importancia de la aprobación por parte del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas del Comentario General (CG) núm. 14 sobre «El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial»[13], indicando lo siguiente:

> Sin duda se trata de un CG especialmente importante que da orientaciones para la determinación y evaluación de un concepto jurídico indeterminado tan complejo y que ha dado lugar a tantos abusos como es el del "interés superior del menor". Se trata de un CG que debe proyectarse sobre todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño), es decir, en toda decisión que afecte a un niño. Y uno de esos ámbitos es el de los niños en contacto con la ley, ya sea como víctimas o testigos, ya sea en el marco de la justicia juvenil respecto de los niños en conflicto con la ley. (...). Es ésta una primera consideración que no utiliza nuestra jurisprudencia y que, sin embargo, está en el centro del CG núm. 14 del Comité de Derechos del Niño: el interés superior del menor no es sólo un principio general (que también) sino que tiene una triple dimensión: como derecho sustantivo, como principio general y como regla de procedimiento (parr. 6):
>
> (A) Como derecho sustantivo significa el derecho del niño a que su interés sea evaluado y tomado como consideración primordial cuando se consideren diferentes intereses con el fin de llegar a una decisión sobre un asunto determinado, así como también implica la garantía de que este derecho se llevará a cabo cada vez que una decisión ha de adoptarse en relación con un niño, un grupo de niños o los niños en general. En este sentido, como señala el Comité, el art. 3-1 CDN crea una obligación intrínseca de los Estados que es de aplicación directa (self-executing), reconociendo un derecho del niño que debe poder ser invocado directamente ante un Tribunal.

[10] Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia y miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.
[11] Publicado en la Revista española de Derecho Internacional, 2, 2013.
[12] SSTS, Secc. 2.ª, de 20 diciembre 2012 (Monterde), de 9 de enero de 2013 (Marchena) y de 5 de junio de 2013 (Conde-Pumpido Tourón).
[13] Texto en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm.

> (B) Como principio jurídico fundamental significa que si una disposición jurídica puede interpretarse en más de una forma, se debe optar por la interpretación que sirve de forma más eficaz el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la CDN y sus protocolos constituyen el marco para la interpretación.
>
> (C) Como regla de procedimiento implica que siempre que debe adoptarse una decisión que afecte a un niño específico, un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de toma de decisiones debe incluir la evaluación del posible impacto (positivo o negativo) de la decisión en el niño / niños afectados. Y la evaluación y la determinación del interés superior de los niños requerirán garantías de procedimiento: debe aparecer explícitamente en la motivación de la decisión cómo este derecho ha sido considerado, es decir, se debe explicar qué se considera que está en el interés superior del niño y qué se ha examinado para llegar a esa conclusión; debe haberse escuchado al niño; todos los datos e información relevantes para evaluar el interés superior del niño deben ser obtenidos por profesionales con experiencia en asuntos relacionados con la infancia y la adolescencia y preparados, entre otras cosas, en psicología infantil, el desarrollo del niño, y los campos de desarrollo humano y social pertinentes, y dicha evaluación debe realizarse en el marco de un proceso formal llevado a cabo en un ambiente agradable y seguro; en toda determinación formal del interés superior del niño por los tribunales y órganos equivalentes, el niño deberá tener la representación legal apropiada, en particular deberá estar provisto de un representante legal, además de un tutor o un representante de sus puntos de vista, cuando sea posible un conflicto entre las diferentes partes de la decisión; el procedimiento en el que estén implicados niños debe ser priorizado en el tiempo y llevado a cabo en el menor tiempo posible; y, finalmente, la motivación del acto debe explicar cómo los intereses del niño se han sopesado con otros intereses o derechos en presencia.

Los recientemente aprobados por Consejo de Ministros de fecha 25 de abril de 2014, anteproyectos de Ley Orgánica y Ley de Protección de la Infancia[14], recogen como «novedad legislativa» la triple dimensión del concepto de superior interés del menor a que nos hemos referido antes recogida en el CG núm. 14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, como derecho sustantivo, principio general y regla de procedimiento.

Según la triunfalista nota oficial, que omite que España lidera los países europeos en pobreza infantil, como hemos indicado antes, se afirma lo siguiente:

> **España, país pionero en defensa del interés del menor**
>
> Los preceptos mencionados son un ejemplo de la prioridad que el Gobierno concede al bienestar de los niños y niñas españoles. Por ello, se trata de una reforma ambiciosa que ve la luz gracias al consenso y cooperación con las Comunidades Autónomas y las entidades sociales especializadas en defensa de los derechos de la infancia.
>
> Con este conjunto de medidas se actualiza la legislación para la protección del menor en consonancia con la normativa internacional y las jurisprudencias española y europea, así como se da respuesta a las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. En concreto, en 2013 señaló que el interés superior del menor será un derecho sustantivo del menor, un principio interpretativo y una norma de procedimiento.
>
> De este modo, el Reino de España, desde hoy, se convierte en el primer país del mundo en incluir en su ordenamiento el derecho a la defensa del interés superior del menor, que primará sobre cualquier otra consideración. El objetivo es diáfano: garantizar la especial protección del menor de modo uniforme en todo el Estado.

[14] Véase Nota del Consejo de Ministros, de 25 abril 2014, en: http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Resumenes/2014/250414-consejo.htm y http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/250414EnlaceMenor.htm

El nuevo art. 2 anteproyectado dice:

Interés superior del menor

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Por ello, como principio básico en la aplicación de la presente Ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

- **a)** La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- **b)** La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- **c)** La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre las necesidades y el interés del menor sobre las de la familia.
- **d)** La preservación de la identidad, cultura, religión, sexualidad o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- **a)** La edad y madurez del menor.
- **b)** Su especial vulnerabilidad provocada por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- **c)** El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- **d)** La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- **e)** La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- **f)** Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten sus derechos.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el mejor interés del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de no ser posible, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

No obstante, la adopción de decisiones y medidas en interés superior del menor deberá tener en cuenta los derechos fundamentales de terceras personas que pudieren verse afectados.

5. Toda medida en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

- **a)** El derecho del menor a ser informado, oído y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
- **b)** La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar.
- **c)** La participación de padres, tutores o representantes legales del menor y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de los intereses de éste.
- **d)** La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros y las garantías procesales respetadas.
- **e)** La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada por no respetar el derecho del menor a que su interés superior sea considerado como primordial.»

Ahora bien, al margen de la propaganda política, para clarificar conceptos, es necesario el estudio de las normas básicas sobre la materia y ser conscientes de las dificultades reales en su aplicación, ya que los fiscales no sólo debemos tener en cuenta el marco normativo sino la realidad, sobre la que, en definitiva, es obligado incidir de forma más intensa, para modificarla en favor de esa efectiva protección de los menores a la que estamos obligados.

Esa incidencia sobre la realidad nos tiene que llevar a actuaciones, también jurídicas porque derivan de las propias normas jurídicas, bien extraprocesales o dentro del propio proceso, que disminuyan o eviten los factores de riesgo sobre la infancia y, en su caso, reclamar y ejercer acciones contra los responsables de su existencia y permanencia, normalmente agentes públicos, que ante cierta discrecionalidad en la disposición de los recursos públicos los invierten arbitrariamente en opciones contrarias al interés superior de los menores o a la neutralización de los factores de riesgo.

La promoción de acciones penales, civiles o contencioso-administrativas contra estos responsables públicos, no debe estar alejada del escenario del que disponen los fiscales en la lucha a favor de la protección penal de los menores cuando se pueda determinar que los factores de riesgo que han provocado la victimización penal del menor eran de su responsabilidad, directa o indirectamente, y no se hizo nada para disminuirlos o evitarlos, estando en condiciones para hacerlo desde las legítimas opciones políticas e incluso legislativas en presencia, en las que la protección del

superior interés del menor se erige en un efectivo mandato constitucional y legal más que en un eslogan propagandístico autojustificante de políticas sobre la infancia ineficaces.

Es importante recordar, por ejemplo, que aspectos aparentemente tan alejados como es la lucha contra la corrupción política y la situación de la infancia, tienen una relación tan estrecha que el Banco Mundial ha destacado que los programas de financiación de la lucha contra la corrupción política han tenido un efecto directo en el descenso de la mortandad infantil en aquellos países del Tercer Mundo donde han sido implantados[15].

La protección jurídica de los menores tiene un marcado carácter internacional. Así, se ha hablado de la internacionalización de esa protección cuando se diseña su marco jurídico.

En anteriores estudios nuestros, nos referíamos a la dimensión universal de la protección de la infancia para resaltar este aspecto y sus contradicciones con una realidad internacional, en la que la desprotección social de los menores es patente, en la que abunda la explotación infantil, en todas sus modalidades: alimenticia (hambre), sanitaria [mortandad[16] y enfermedades], laboral (trabajo infantil), sexual (prostitución, abusos y agresiones sexuales, pornografía), bélica (niños-soldado, víctimas de la guerra), familiar (malos tratos), desde un círculo vicioso —pobreza infantil—, contra el cual la lucha se torna con características de titánica, dada su macrodimensión estructural[17].

II. ¿QUÉ PASA CON LA JUSTICIA UNIVERSAL Y LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS MENORES?

Las recientes modificaciones del art. 23 LOPJ en materia de Justicia Universal, es decir, de extraterritorialidad de la Jurisdicción penal española para conocer determinados delitos, producidas por las LL.OO. 1/2009, de 3 de noviembre y 1/2014,

[15] Véase DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica), Ed. La Ley, 2014, p. 4, nota 4.
[16] Según UNICEF, 19.000 niños mueren al día por causas evitables. Ver El País, 20 de noviembre de 2012. En esas fechas, la población mundial de niños se cifraba en 450 millones.
[17] Véase Derechos, justicia y estado constitucional, Un tributo a Miguel C. Miravet, María José Añón y Pablo Miravet Bergón (edits.), Valencia, Ed. Universitat de Valencia/Tirant lo Blanch, 2005, capítulo sobre «La dimensión universal de la protección de la infancia: algunas contradicciones».

de 13 de marzo, obligan a revisar, por ejemplo, si sigue vigente el principio de Justicia Universal para la persecución de los delitos de pornografía infantil.

Recordemos que con anterioridad a esta importante reforma legislativa, que ha liquidado el principio de Justicia Universal, en los términos que se conocía, DE LA ROSA CORTINA[18] sostenía que

> En el plano de la jurisdicción, el art. 23.4 e) LOPJ dispone que *igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como (...) delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores e incapaces.* Conforme a tal cláusula debieran entenderse comprendidos los tipos de pornografía infantil. Por tanto, en los casos en los que ni la acción ni el resultado se producen en España, el principio de jurisdicción universal seguiría permitiendo a nuestros Tribunales actuar, si bien la competencia vendría atribuida a la Audiencia Nacional [art. 65.1 e) LOPJ].

Este mismo autor, recordaba que el Informe de España al Comité de los Derechos del Niño de 2006 considera que

> … los delitos de prostitución y corrupción de menores, entendiendo también incluidos los relacionados con la pornografía de menores quedan sometidos al principio de justicia universal. Así, la persecución penal de estos hechos delictivos no aparece condicionada a que el autor tenga nacionalidad española o sea residente en España ni que el hecho sea constitutivo de delito en el Estado en que se comete.

Si bien, el autor citado entiende discutible este último inciso en el caso de que se trate de distribución o posesión cometida íntegramente en un país extranjero en el que no está tipificado tal comportamiento, entendiendo que de conocer los Tribunales españoles parece que debería apreciarse el error de prohibición.

Se afirmaba que la Decisión Marco 2004/68/JAI contenía disposiciones específicas al respecto en su art. 8, imponiendo la necesidad de reconocer cada Estado miembro su competencia cuando: a) la infracción se haya cometido, total o parcialmente en su territorio; b) el autor de la infracción sea uno de sus nacionales y c) la infracción haya sido cometida en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio. No obstante, el ap. 2.º del mismo precepto permite para los casos b) y c) no aplicar las normas de competencia si el delito se ha cometido fuera de su territorio. Si el Estado no extradita a sus nacionales deberá establecer su competencia para juzgar a su nacional cuando haya cometido el delito fuera de su nación.

Finalmente, se decía que el art. 4 del Protocolo facultativo de la CDN y el art. 22 del Convenio de Budapest introducen criterios amplios de atribución de jurisdicción.

[18] Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 212 y ss.

Actualmente, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, ya citada, que derogó a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, en su art. 17 dice lo siguiente:

> Art. 17. Competencia y coordinación de las actuaciones judiciales
>
> 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones contempladas en los arts. 3 a 7 cuando:
>
> - **a)** la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio, o
> - **b)** el autor de la infracción sea uno de sus nacionales.
>
> 2. Los Estados miembros informarán a la Comisión cuando decidan ampliar la competencia respecto de una de las infracciones contempladas en los arts. 3 a 7 cometidas fuera de su territorio, entre otras cosas, cuando:
>
> - **a)** la infracción se haya cometido contra uno de sus nacionales o una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;
> - **b)** la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio;
> - **c)** el autor de la infracción tenga su residencia habitual en su territorio.
>
> 3. Los Estados miembros garantizarán que su competencia abarque las situaciones en que las infracciones contempladas en los arts. 5 y 6 y, en la medida en que proceda, en los arts. 3 y 7, se cometan por medio de las tecnologías de la información y la comunicación a las que se acceda desde su territorio, con independencia de que dichas tecnologías tengan o no su base en él.
>
> 4. En cuanto al enjuiciamiento de las infracciones contempladas en el art. 3., apartados 4, 5 y 6, en el art. 4, apartados 2, 3, 5, 6 y 7, y en el art. 5, apartado 6, cometidas fuera del territorio del Estado de que se trate, en lo que respecta al apartado 1, letra b), del presente artículo, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que su competencia no esté supeditada a la condición de que los hechos constituyan una infracción penal en el lugar donde se cometan.
>
> 5. En cuanto al enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los arts. 3 a 7 cometidas fuera del territorio del Estado miembro de que se trate, en lo que respecta al ap. 1 b), del presente artículo, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que su competencia no esté supeditada a la condición de que la acción judicial solo pueda iniciarse tras la presentación de una deposición por parte de la víctima en el lugar donde se cometió la infracción, o de una denuncia del Estado en cuyo territorio se cometió la infracción.»

Así las cosas, según esta Directiva, art. 17.4 y 5 la producción de pornografía infantil (art. 5.6) podrá ser perseguida extraterritorialmente aunque no esté castigada penalmente esa conducta en el país donde se cometa ni exista querella previa. Y, sin duda, conforme al art. 17.3, si en el territorio del Estado se accede mediante las tecnologías de la información aunque no tengan su base en dicho territorio estas tecnologías. Lo que sitúa en el ámbito de la Justicia Universal estos hechos.

Esto no obstante, dicho lo anterior, tras la modificación producida por la LO 1/2014, de 13 de marzo, al art. 23 LOPJ[19], hay que tener en cuenta la redacción de los

[19] El texto completo del art. 23 LOPJ vigente es el siguiente:
«Art. 23. [Orden penal]

1. 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.
2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:
a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los Tribunales españoles.
c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.
3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:
a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
c) Rebelión y sedición.
d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
e) Falsificación de moneda española y su expedición.
f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
i) Los relativos al control de cambios.
4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:
a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.
b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los arts. 174 a 177 del Código Penal, cuando:
1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,
2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.
c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:
1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,
2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.
d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.
e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:
1.º el procedimiento se dirija contra un español;
2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;
3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;
4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;
5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;
7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,
8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.
A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.
f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:
1.º el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,
2.º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.
g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.
h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.
i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:
1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,
2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.
j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.
k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:
1.º el procedimiento se dirija contra un español;
2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.
l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:
1.º el procedimiento se dirija contra un español;
2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,
3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.
m) Trata de seres humanos, siempre que:
1.º el procedimiento se dirija contra un español;
2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.
n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:
1.º el procedimiento se dirija contra un español;
2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,
4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.
o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:
1.º el procedimiento se dirija contra un español;

aps. 4.º k), 5.º y 6.º del citado art. 23 LOPJ, que imponen limitaciones de la Justicia Universal, en contra de la propia Directiva comunitaria.

Así, se dispone en el ap. 4.º f) lo siguiente:

> 4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:
>
> (...)
>
> k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:
>
> - **1.º** el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;
3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;
4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,
5.º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.
p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.
Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.
5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:
a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:
1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,
2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.
Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.
A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:
a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.
b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.
6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.»

- **2.º** el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- **3.º** el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
- **4.º** el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.»

Los aps. 5.º y 6.º del art. 23 LOPJ, establecen que:

5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior **no serán perseguibles en España** en los siguientes supuestos:

- **a)** Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.
- **b)** Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:
  - **1.º** la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,
  - **2.º** se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

- a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.
- b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
- c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.

Esta limitación de la Justicia Universal en la persecución de estos delitos realizada por la reciente reforma de la LOPJ operada por LO 1/2014, de 13 de marzo, en contra de la Directiva comunitaria 2011/92/UE, ya citada, quizás tenga escasa duración, en

punto a la persecución universal de estos delitos cometidos mediante tecnologías de la información, dado que en el Anteproyecto de reforma de CP de 4 de octubre de 2013, en su artículo único, apartado centésimo vigésimo octavo, se añade un nuevo art. 194 bis al CP, el cual dispone lo siguiente:

> Los delitos contra la libertad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad serán perseguibles en España cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
>
> - **a)** Que la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en territorio español. Cuando el delito se haya cometido por medio de tecnologías de la información y la comunicación, se entenderá cometido en España cuando se acceda a dichas tecnologías desde el territorio español, con independencia de que tengan o no su base en dicho territorio.
> - **b)** Que el autor del hecho tenga nacionalidad española, aunque los hechos no constituyan una infracción penal en el lugar donde se cometan.
> - **c)** Que la infracción se haya cometido contra una persona de nacionalidad española o que tenga su residencia habitual en el territorio español;
> - **d)** Que la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en el territorio español;
> - **e)** Que el autor de la infracción tenga su residencia habitual en el territorio español.

Mientras se produce la reforma legislativa del CP citada, debemos de entender que el vigente art. 23.4 k), 5 y 6 LOPJ, elimina la Justicia Universal en la persecución de los delitos de pornografía infantil mediante Internet en contra de lo dispuesto en la Directiva comunitaria 2011/92/UE, ya citada, lo que tendría que acarrear consecuencias para el Estado español, por incumplimiento de la Directiva comunitaria, que deberá valorar la Comisión a más tardar el 18 de diciembre de 2015, a partir de los informes obligatorios que deben elevarse a la misma (art. 28 Directiva).

En el mismo sentido, se incumple la Directiva comunitaria al condicionar la persecución de estos delitos a la querella previa del agraviado o del MF, cuando el art. 17.5 de la Directiva afirma lo contrario, al indicar que:

> 5. En cuanto al enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los arts. 3 a 7 cometidas fuera del territorio del Estado miembro de que se trate, en lo que respecta al apartado 1, letra b), del presente artículo, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que su competencia no esté supeditada a la condición de que la acción judicial solo pueda iniciarse tras la presentación de una deposición por parte de la víctima en el lugar donde se cometió la infracción, o de una denuncia del Estado en cuyo territorio se cometió la infracción.

III. LA INFANCIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Al publicarse el nuevo CP 1995, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, hicimos un estudio titulado «El menor como víctima»[20], en el que analizábamos

[20] Publicado en el Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, ref. D-270, t. 5.

comparativamente el nuevo CP con el anterior, con objeto de determinar si la reforma penal había sido o no más favorable a la protección de los menores.

En este análisis estaba latente una idea que hemos reiterado en varias ocasiones cual es la de establecer la infancia como bien jurídico protegido penal de carácter colectivo.

Examinamos entonces todo el Libro II (De los delitos) y III (De las faltas) del CP, donde el menor era el sujeto pasivo, lo que nos llevó a estudiar del Libro II, el Título III (De las lesiones), VI (Delitos contra la libertad), VIII (Delitos contra la libertad sexual), XII (Delitos contra las relaciones familiares), XVII (Delitos contra la seguridad colectiva) y XIX (Delitos contra la Administración Pública) y del Libro III, la falta del art. 618.

En las conclusiones de aquél trabajo decíamos:

> El **papel protector de los menores del Ministerio Fiscal se reafirma en el nuevo Código Penal**, al facultar a esta Institución para denunciar todos aquellos delitos en los que se requiere para su persecución la denuncia de la víctima cuando sea menor de edad (v. gr., arts. 162.2, 191.1, 201, 228, 267, 287, 296 y 369), al tiempo que es necesaria su intervención para dar eficacia al perdón del representante legal del menor en los delitos o faltas contra menores, como establece con carácter general el art. 130.4 del nuevo Código Penal.
>
> **En cuanto a la funcionalidad del nuevo Código Penal en el conjunto del sistema jurídico de protección de menores,** hay que decir que el art. 39.4 de nuestra Constitución afirma que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», siendo la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en Instrumento de 30 de noviembre de 1990, la que establece en su art. 39 que «los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo NIÑO VICTIMA de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño». Esta norma, junto con otras concordantes de otros textos internacionales y comunitarios a los que ya se ha hecho referencia, obliga a coordinar la disposiciones del Código Penal con el resto del sistema jurídico de protección de menores, debiéndose acudir en nuestro Derecho de forma especial al Código Civil y a las recientemente aprobadas Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, y a la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, donde se resalta la responsabilidad de las Entidades Públicas con competencia en protección de menores y se refuerza el papel protector del menor del Ministerio Fiscal, bien en el ejercicio de la superior vigilancia de esa actividad administrativa, bien en la promoción de las acciones legales oportunas ante la Autoridad judicial.
>
> Finalmente, queremos decir que si bien cualquier Código Penal debe ser un instrumento de protección de las víctimas, como se ha visto en relación con los menores, de forma especial para este colectivo, **hay que evitar que su aplicación a través del proceso penal genere las condiciones de lo que se ha dado en llamar "la segunda victimización"**, lo cual se conseguirá no sólo con leyes, sino, principalmente, con la sensibilización de todos los operadores del proceso penal (Policías, Jueces, Abogados, Fiscales y Funcionarios en general) en la difícil, pero trascendental tarea, de la defensa de los intereses de los menores.

Con motivo de la reforma del CP realizada por LO 5/2010, de 22 de junio, publicamos varios artículos, que vienen reseñados en la bibliografía de esta ponencia, en

el que insistimos en el concepto de la infancia como bien jurídico protegido. Así, en el estudio titulado «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming* entre los delitos de pederastia»[21], concluíamos postulando una protección integral de la infancia e indicando lo siguiente:

> El nuevo delito del art. 183 bis o child grooming permite avanzar hacia la protección integral de la infancia como bien jurídico colectivo protegido. En efecto, la punición de lo que hubiera sido un acto preparatorio adelantando la barrera punitiva, su consideración de delito de peligro, el concurso real de delitos que se establece si se cometen delitos de resultado contra la libertad e indemnidad sexual, prefiguran que más allá del bien jurídico individual del menor afectado está la infancia como objeto de protección constitucionalizado, a la vista de su reconocimiento internacional y constitucional (cfr. arts. 20.4 y 39.4 CE). Todo lo que se haga en esta dirección será positivo porque el pederasta no se conforma con un solo menor sino que el objeto de su obsesión delictiva es la propia infancia, a la que hay que proteger por todos los medios de un Estado de Derecho.

La reforma penal 2010 endureció la respuesta penal ante los ataques sexuales a menores, especialmente, a los menores de trece años, reubicando sistemáticamente en nuevo capítulo todas las agresiones y abusos sexuales a menores de trece años, introdujo nuevos delitos de acercamiento a menores mediante las nuevas tecnologías y amplió las conductas punibles en materia de prostitución infantil a través de la captación de menores y castigo de la clientela. También introdujo la privación de la patria potestad como pena en el catálogo de las penas privativas de derechos frente a la existente inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y ha añadido como medida de seguridad la libertad vigilada.

Desde la perspectiva del endurecimiento de la respuesta penal en estos casos, merece calificarse de positiva la reforma, ya que es un instrumento preventivo de gran eficacia ahondando en la prevención general ante estos delitos y en la prevención especial frente a los pederastas. También cabe destacar que, al incorporar la técnica del concurso real entre delito de peligro y de resultado en el nuevo art. 183 bis CP, ello permitirá profundizar en la tendencia hacía la caracterización de la infancia y juventud como bienes jurídicos colectivos específicos que necesitan de una mayor protección penal, a la vista de su reconocimiento internacional y constitucional (cfr. arts. 20.4 y 39.4 CE), con independencia del bien jurídico individual afectado.

La reforma proyectada de 2013 endurece más el marco sancionador aumentando su ámbito subjetivo protegido al extenderse a menores de hasta 16 años frente a la edad actual fijada en 13 años.

[21] Véase Diario La Ley, 7575, de 23 de febrero de 2011.

Contiene el concepto de pornografía infantil derivado de la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y a la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

IV. LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL MENOR: ASPECTOS PENALES CIVILES Y ADMINISTRATIVOS

El análisis de la protección penal del menor siempre debe realizarse desde la perspectiva de la protección integral del menor.

En efecto, no podemos quedarnos en un estudio técnico jurídico de las normas penales protectoras de los menores, lo que sin duda es muy necesario, sino que hay que contemplar todo el sistema tuitivo de los menores en su conjunto, con objeto de articular correcta y sistemáticamente las acciones del MF contra las situaciones que atentan contra los derechos de los menores, conforme al art. 10.2 b) LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor y normas concordantes, ya citadas.

Esas acciones serán de diferente naturaleza, judiciales o extrajudiciales, civiles, administrativas, laborales o penales, pero, en todo caso, acciones que está obligado a emprender el MF en defensa de los intereses y derechos de los menores, por imperativo constitucional *ex* art. 39 y 124.1 CE y normas legales concordantes ya citadas.

El campo de actuación del MF, para esa protección integral de los menores, pueden clasificarse *prima facie* en el ámbito de la prevención y en el de la represión, si bien estos dos ámbitos no se encuentran separados por barreras infranqueables, ya que la prevención llevará en muchas ocasiones a la articulación de acciones represivas frente a los responsables de los incumplimientos de las normas preventivas y la represión es, en su misma considerada, un elemento preventivo, bien general como especial.

El art. 12 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, al referirse a las actuaciones de protección, señala que «1. La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados a tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley. 2. Los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor».

En el ámbito preventivo, queremos insistir no sólo en la responsabilidad de los padres, tutores y guardadores del menor, que también la tienen, sino en la de los poderes públicos.

Se debe incidir en la neutralización o minimización de los factores de riesgo que afectan a los menores y que pueden provocar su desprotección. Los poderes públicos están obligados a prevenir y reparar las situaciones de riesgo (léase pobreza infantil, por ejemplo) «con el establecimiento de los servicios adecuados a tal fin» y además estos poderes públicos deben «facilitar servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor» *ex* art. 12 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ya citada.

Si ello es así,

> … los fiscales deben desplegar, en primer lugar, acciones frente a los poderes públicos competentes para que cumplan con estos deberes preventivos, no desde una angélica proclamación de políticas sobre la infancia, sino mediante una efectiva disposición de recursos sociales a tal fin.

Estas acciones podrán ser extrajudiciales o judiciales, pero, en todo caso, reclamando la vigencia de las normas preventivas y su efectiva aplicación, que no puede depender de una libérrima arbitrariedad política o administrativa, bajo el amparo de la llamada discrecionalidad administrativa en la organización de los recursos públicos, sino que tiene un contenido obligatorio en orden a disponer de los recursos suficientes para prevenir y reparar las situaciones de riesgo de la infancia. Datos negativos como el incremento de la pobreza infantil denotan el incumplimiento por parte de los poderes públicos de estas obligaciones legales y la necesaria actuación del MF para bien reclamar a estos poderes públicos el cumplimiento de sus obligaciones o bien exigirles responsabilidades.

No se olvide que incluso en el ámbito de las normas penales se da la acción por omisión (art. 11 CP) y que la teoría de la imputación objetiva se fundamenta en la atribución de la autoría criminal, superando la vieja relación de causalidad natural, en aquel que genera el riesgo que estaba obligado a impedir, a consecuencia de lo cual se produce el resultado delictivo.

La conocida teoría de la imputación objetiva (ROXIN) imperante en la actual dogmática penal para explicar la autoría criminal reemplaza a la idea de causalidad que imperaba en el principio de culpabilidad, desarrollándose dentro de la concepción funcionalista moderada de la teoría del delito. La construcción de la imputación objetiva

supone un conjunto de reglas construidas sobre valoraciones jurídicas, en virtud de las que se puede demostrar que el resultado puede serle atribuido al agente, cuando la producción de un peligro o riesgo prohibido tiene lugar en el ámbito de protección de la norma, lo que implica hacer un examen de la conducta en tres niveles: a) si la conducta ha creado un riesgo jurídico penalmente relevante para el bien jurídico (carácter disvalioso del comportamiento realizado por el agente); b) si ese riesgo se ha concretado en el resultado (la conducta realizada por el sujeto es constitutiva de tentativa o hecho consumado); y c) si el resultado queda cobijado dentro del ámbito de protección de la norma (es decir, el alcance del tipo).

En la doctrina española, entre otros, MIR PUIG[22] ubica la teoría de la imputación objetiva en el estudio del tipo doloso de acción y, en concreto, en la parte objetiva del tipo doloso.

La STS, Secc. 2.ª, 368/2007, de 9 de mayo, resume esta cuestión en los siguientes términos: «Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal. En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar».

Como señala el profesor italiano TRAPANI, la dogmática alemana más reciente tiene una sistemática —la que ubica los elementos del delito bajo las dos categorías superiores de ilícito y culpabilidad— al que, paradójicamente, puede estar muy cerca de la sistemática tradicional bipartita italiana, puesto que los penalistas alemanes actualmente adoptan la tripartición pero en medio de una bipartición entre injusto y culpabilidad y es solo en el ámbito del injusto que se encuentra la tripartición entre tipo

[22] MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, Barcelona, Reppertor, 2011.

objetivo, tipo subjetivo y antijuricidad (entendida, siempre, «en negativo» como simple ausencia de causas de justificación.

Por otro lado, la participación criminal mediante la cooperación necesaria [art. 28 b) CP] también está en el horizonte del marco legal en el cual el MF puede contemplar, cuando examina la responsabilidad de los poderes públicos y sus agentes ante la comisión de delitos contra los menores, que encontrándose en situaciones de riesgo, que debieron detectar, prevenir y reparar los poderes públicos, éstos no lo hicieron.

Si en el horizonte de las actuaciones del MF está la acción penal, no podemos desconocer que las acciones civiles o administrativas en protección de los menores víctimas de estos delitos conformaran el abanico de acciones que pueden y deben promover los fiscales desde el primer momento y con carácter urgente (art. 13 LECrim. y art. 14 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor) para esa protección del menor.

Entre esas acciones, al margen de las urgentes, se encuentra promover la declaración de desamparo del menor que deberá realizar la Entidad Pública, la cual conlleva la tutela automática y suspensión de la patria potestad y, posteriormente, el acogimiento residencial, familiar, hasta llegado el caso, la adopción, conforme a los arts. 18 y ss. LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor y normativa civil concordante (arts. 172 y ss, CC).

Quisiéramos destacar el papel inspector y vigilante del MF en todas estas actuaciones para la protección del menor, especialmente, frente a la actividad desarrollada por la Entidad Pública, conforme al art. 174.1 CC, que encuentra su desarrollo en toda la doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre esta materia, la cual a través de sus Circulares, Instrucciones y Consultas, trata de concretar cómo realizar esta importante función del MF[23], sin desconocer la importancia del Índice de Tutelas a cargo del MF conforme al art. 23 de la actual LO 1/1996, de 15 de enero, Protección Jurídica del Menor.

Los anteproyectos legislativos de protección de la infancia, aprobados por el Consejo de Ministros de fecha 25 de abril de 2014, refuerzan el papel del MF en este campo, de manera que se destaca en el art. 13 del Anteproyecto de Ley Orgánica de

[23] Véase página web FGE, fiscal.es, pestaña menores normativa y documentos. En especial, Instrucción 1/2009, de 27 marzo, sobre organización servicios de protección de las secciones de menores.

Protección de la Infancia en relación con los delitos contra los menores dos nuevos apartados, como recuerda su exposición de motivos: «Por una parte, se establece la posibilidad que todas las personas tienen de poner en conocimiento del MF los hechos que pudieran constituir la comisión de un delito contra un menor. Por otra se dispone la obligación de las autoridades públicas, funcionarios y profesionales de su comunicación»

En concreto, se añaden los nuevos aps. 4 y 5 al art. 13, que quedan redactados como sigue:

> 4. Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho que pudiera constituir un delito contra un menor. Estarán obligados a comunicar al Ministerio Fiscal tal hecho, desde el momento en que lo conocieran, las autoridades públicas, funcionarios y los profesionales que conozcan tales hechos en el ejercicio de su profesión y si no lo hicieran, podrán incurrir en un delito de omisión de los deberes de promover la persecución de un delito previsto y penado en el apartado 2 del art. 450 del Código Penal.

Otros aspectos, que refuerzan el papel del MF vienen dados en la reforma prevista añadiéndose un nuevo ap. 3.º en el art. 13, que dice:

> 3. A efectos de la adopción y supervisión de las oportunas medidas de protección, los Organismos Públicos, los profesionales, las Entidades privadas y, en general, cualquier persona facilitarán a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal los informes y antecedentes necesarios que les sean requeridos, sobre los menores, sus padres, tutores, guardadores o acogedores, no siendo necesario a tal efecto el consentimiento del titular de los datos.
>
> Las Entidades Públicas y el Ministerio Fiscal oirán y evaluarán a los menores, debiendo hacer uso de los apoyos precisos en atención a su edad, madurez, idioma o discapacidad, para conocer directamente su situación y valorar su interés superior en el caso concreto. A tal efecto, toda persona deberá facilitar el acceso a los menores.

En cuanto a actuaciones en situaciones de desprotección social del menor, los arts. 12 y ss. de la Ley Orgánica, ya citados, no solo se ven confirmados sino también reforzados en la obligación de los poderes públicos para actuar preventivamente y en reparación de las situaciones de riesgo

V. BIBLIOGRAFÍA DEL AUTOR

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, La protección de la familia en el Código Penal: entre los viejos y nuevos paradigmas familiares, Actualidad Penal, 18, semana 1 al 7 mayo 1995, pp. 253-282.

— ¿Existe un Derecho Comunitario del Menor? (La Unión Europea y los Niños), Noticias de la Unión Europea, 146, marzo 1997, pp. 37 y ss.

— El menor como víctima, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 4.115, de 4 de septiembre de 1996.

— La prostitución infantil: criterios de actuación policial, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 4.338, de 24 de julio de 1997.

— Capacidad de obrar del menor en su esfera personal (en especial sobre su libertad sexual), Adolescencia y Salud, núm. 24, Consellería de Sanitat (Generalitat Valenciana), diciembre 1998.

— La intervención del Fiscal en materia de menores, La Ley Penal, año II, 18, julio-agosto 2005.

— Protección de menores: algunas cuestiones prácticas de interés para el Ministerio Fiscal, en: Seminario de fiscales especialistas en el orden civil, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia) y Fiscalía General del Estado, Ávila, de 20 de abril de 2006, publicado en DVD Estudios Jurídicos 2006.

— El delito de abuso sexual según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sepín Penal, noviembre de 2007.

— Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo, Diario La Ley, 7302, 14 de diciembre de 2009.

— Los delitos de pederastia, Diario La Ley, especial reforma del Código Penal, 7534, jueves 23 de diciembre de 2010.

— Un acercamiento al nuevo delito *child grooming* entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, 7575, martes 23 de febrero de 2011.

* * * * * *

Comunicado de Jueces para la Democracia y Unión Progresista de Fiscales sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[1]

~Jueces para la Democracia/Unión Progresista de Fiscales[2]~

Aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2014 el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, **Jueces para la Democracia y la Unión Progresista de Fiscales** lamentan que aspectos fundamentales de la reforma referidos a las Carreras Judicial y Fiscal demuestren, una vez más, el desconocimiento del Ministerio de Justicia sobre la organización y el trabajo ordinario de las Fiscalías y Juzgados.

Asimismo, en una lectura inicial del texto, JPD y la UPF quieren resaltar los siguientes aspectos de la reforma:

1º. En Anteproyecto modifica la inveterada y consolidada **denominación de "imputado"** en la legislación y práctica forense española por el insólito término "sujeto pasivo", al que se reconocen los derechos del artículo 118. Parece evidente que el cambio de denominación obedece a fines puramente estéticos tras sucesivas y bochornosas imputaciones de responsables públicos.

2º. La reforma pretende disminuir las **estadísticas sobre el volumen de trabajo de los juzgados** al establecer que los atestados policiales sin autor conocido no sean tramitados en sede judicial, pero ello sin regular al mismo tiempo un sistema de registro de tales atestados que deberían estar siempre a disposición de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal. Se torna, pues, imprescindible la creación de una base de datos accesible a los órganos judiciales y fiscales a fin de poder supervisar la actividad policial. Además, resulta cuestionable la concepción en la que se basa dicha regulación, al apartar al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial de decisiones en materia de responsabilidad penal.

3º. Una de las novedades estrella del Anteproyecto es la limitación de la duración de las investigaciones sumariales o de las diligencias previas. Éste es, sin duda alguna,

[1] Puede consultarse el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la sección II (Legislación y Proyectos de Ley) de esta revista.

[2] Comunicado facilitado por el Prof. Dr. Queralt Jiménez, socio de la FICP, a quien agradacemos su amable colaboración.

uno de los puntos más polémicos y peor resueltos, a nuestro entender, por la reforma en ciernes.

JPD y la UPF entienden que el Anteproyecto parte de una premisa falsa pues la duración de un procedimiento no depende de la sola voluntad del instructor, sino -fundamentalmente- de la complejidad del delito, de los medios puestos a disposición de los juzgados y fiscalías, y de la actuación de todos los órganos al servicio de la Administración de Justicia.

El nuevo proyecto desconoce la realidad diaria de los juzgados y fiscalías al atribuir al Fiscal la función de solicitar la prórroga del plazo de instrucción de diligencias cuya investigación es competencia del juzgado instructor. Con esta medida el pre-legislador parece ignorar de forma sorprendente que no es en absoluto de extrañar que un Fiscal desconozca un determinado procedimiento por no haber intervenido aún en el mismo. En consecuencia, resulta una temeridad que la posible inactividad de un juzgado o el mero trascurso de un plazo pueda significar el fin de una instrucción, naturalmente sin éxito.

Por otro lado, la lucha contra el fenómeno de la corrupción y la compleja criminalidad del siglo XXI requiere indefectiblemente de recursos económicos, precisa de medios personales y materiales pero, por encima de todo, exige un nuevo marco procesal que abandone el arcaico sistema actual y evolucione hacia uno nuevo basado en la autonomía, la especialización y la celeridad.

Más aun, el actual régimen de recursos previsto durante la fase de instrucción y la vigente carga de trabajo de juzgados, tribunales y fiscalías suponen que la limitación del plazo de instrucción no sea una solución adecuada para agilizar, como todos deseamos, los largos plazos de tramitación de los procesos penales en España.

En definitiva, cualquier medida que trate de agilizar el proceso penal es bienvenida, cualquier otra que trate de generar espacios de impunidad es una burla al estado de Derecho, al trabajo de los profesionales de la Justicia y a las víctimas de todo delito.

4º. La regulación legal que el Anteproyecto realiza sobre la **intervención de las telecomunicaciones** resultaba ya imprescindible, si bien existen determinados aspectos en el texto aprobado que no respetan las debidas garantías, y es que se amplía el catálogo de delitos en cuya investigación el Ministro del Interior o, en su defecto, el

Secretario de Estado de Seguridad, pueden acordar la intervención de las telecomunicaciones -no solo para el caso de delitos de terrorismo, como sucedía anteriormente, sino también para delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que puedan ser considerados de especial gravedad-. Tal previsión legal, de dudosa constitucionalidad, atribuye exorbitantes facultades a responsables políticos, carentes de la debida garantía de imparcialidad, cualidad que, por el contrario, ostentan todos y cada uno de los Jueces de guardia existentes en los partidos judiciales del territorio nacional.

Del mismo modo, la regulación de la posibilidad de que se acuerde la incomunicación de un detenido, durante 24 horas y en determinados supuestos, también genera dudas sobre las garantías que deben asistir a una persona privada de libertad y sobre el alcance de su derecho de defensa.

5º. El Anteproyecto regula un singular mecanismo ante el Ministerio Fiscal, incluso hallándose en trámite un procedimiento ante la autoridad judicial por hechos idénticos; es el denominado **Proceso por aceptación de decreto**.

Esta previsión legal precisa por nuestra parte una severa crítica en tanto en cuanto introduce un nuevo "procedimiento" que -de facto- puede perturbar la investigación judicial, al tiempo que no contempla la realidad de las fiscalías, y no supone ningún avance o mejora respecto a la eficacia práctica de los denominados "juicios rápidos"; más al contrario, la aceptación del decreto emitido por el Fiscal no conlleva reducción penalógica alguna para el encausado, como sucede en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

6º. Asimismo, la reforma introduce el llamado **Procedimiento de decomiso autónomo**, en el que la intervención del Fiscal se torna decisiva, cuya regulación resulta confusa y que supone una completa novedad en nuestro ordenamiento para la que no se ha dispuesto medida de refuerzo o especialización alguna en las distintas fiscalías.

7º. Finalmente, el Anteproyecto de reforma de la L.E.Crim. asigna a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la **competencia para conocer de la apelación** contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, regulación ésta que entendemos debería ir acompañada de una profunda reflexión sobre la composición y forma de designación de los miembros de estas Salas,

en las que se integran magistrados propuestos por los parlamentos autonómicos, así como sobre la posible ausencia en las mismas de especialistas en Derecho Penal.

9 de diciembre de 2014

* * * * * *

2. Estudios

Los derechos humanos como programa y realidad

~Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Eugenio R. Zaffaroni~
Ministro de la Corte Suprema de la Nación, Argentina. Prof. Titular emérito de Derecho Penal. Univ. de Buenos Aires. Socio de la FICP.

1. A quienes en razón del multiculturalismo de nuestra región niegan la existencia del concepto de *América Latina*, reduciéndolo a una denominación despectiva atribuida a los franceses, cabe responderles que *América Latina* es mucho más que un concepto: es una realidad unitaria y perfectamente reconocible, como producto complejo de casi todas las atrocidades cometidas por el colonialismo en el planeta.

Desde el siglo XV los europeos ocuparon policialmente nuestro continente con parte de su población marginada, que trajo las infecciones que en pocos años mataron a la mayor parte de los habitantes originarios. A los sobrevivientes los redujeron a servidumbre.

A poco andar, para reemplazar a la población eliminada, cometieron el atroz crimen de desplazamiento masivo de africanos esclavizados. En lo sucesivo, el mestizaje de colonizadores con originarios y africanos fue objeto de desprecio. Cuando se prohibió el tráfico negrero, algunos asiáticos fueron también esclavizados por el Pacífico.

Desde las últimas décadas del siglo XIX se produjo un masivo desplazamiento de población desde los países europeos atrasados en el proceso de acumulación originaria hacia el sur de nuestra región. Los perseguidos y hambrientos de las dos Guerras Mundiales llegaron con posterioridad.

En resumen, nuestra América presenta una enorme riqueza pluricultural, que aún hoy vive un proceso de interacción. Sus manifestaciones más claras son las cosmovisiones que se sincretizan en sus múltiples religiosidades populares, cuyo centro lo ocupan siempre la Madre Tierra o las fuerzas de la Naturaleza (desde la Virgen de Guadalupe hasta la Pacha Mama o la Difunta Correa hasta *las entidades del Atlántico).*

La filosofía de la historia de HEGEL es el negativo de esta dinámica, porque parte de todos los que descartaba a la vera de su relato de la historia, invariablemente vino a

dar a nuestra región, alimentando un mosaico étnico de increíble colorido, que excitó la mente un poco afiebrada de José Vasconcelos con su imaginario *hombre cósmico.*

Basta invertir la imagen de HEGEL, ponerlo de cabeza, reemplazar su imaginario *espíritu* por el real *colonialismo*, para caer en la cuenta de que somos el resultado del dinamismo sincrético de las expresiones culturales marginadas por las sucesivas hegemonías planetarias.

No hay un *hombre cósmico* en nuestra Patria Grande, pero hay un *ser humano latinoamericano* cuya dignidad de persona ha sido negada planetariamente por el colonialismo y que se abre paso lentamente contra éste.

Este *ser humano latinoamericano* sigue reclamando su dignidad de persona, su derecho a ser tratado como ser libre, con autonomía moral y condiciones externas para su desarrollo en coexistencia. La historia de este reclamo humano a la *personalidad* es la de los Derechos Humanos en nuestra región.

2. Pero la historia de los Derechos Humanos se relata de diversas maneras. La manualística corriente señala su comienzo constitucional en los derechos individuales, su posterior complementación con los sociales y culturales y, finalmente, una pretendida plenitud con los llamados *de tercera generación*, entre los que se destacaría el *derecho al desarrollo.* Por cierto, esta no es la historia de los Derechos Humanos en América Latina ni tampoco en ninguna de las otras regiones colonizadas del planeta; es el relato de los colonizadores, desde su perspectiva central y hegemónica.

Dado que la *independencia* es la primera condición del desarrollo, la historia de nuestros Derechos Humanos debe comenzar por la lucha por la obtención del derecho que los colonizadores consideran *de tercera generación*. Esa fue la resistencia al colonialismo originario, impuesto por los ibéricos.

Pero es absurdo creer que el colonialismo se agotó con el triunfo de los libertadores, es decir, con su versión originaria. Si apelamos a una idea más amplia del *colonialismo*, que abarque toda relación de poder desigual entre un centro hegemónico y una periferia subordinada, veremos que, si bien cambiamos de centros y de modalidades de sometimiento, de aquel colonialismo originario pasamos al llamado *neocolonialismo*, con el centro-norte europeo (y en especial Gran Bretaña) como nuevo poder hegemónico.

Las oligarquías terratenientes que se instalaron después de sangrientas guerras en casi todos los países de la región, abrieron las puertas al capital extranjero, dando lugar a codazos entre Gran Bretaña, Estados Unidos y otros europeos. Estas oligarquías montaron estados con fachada constitucional republicana y realidad de servidumbre campesina y contención policial urbana, excluyendo a los pueblos de cualquier rol político. Se legitimaron con claro discurso racista: las *razas inferiores* y los mestizos no eran considerados capaces de gobernarse hasta que no adquiriesen el desarrollo biológico de los colonizadores o de sus elites proconsulares. Este racismo fue la base teórica confesa del *porfiriato* mexicano, de la *República Velha* brasileña, del *patriciado* peruano, de la *oligarquía vacuna* argentina, etc.

El neocolonialismo británico se convirtió en enemigo del esclavismo en cuanto dispuso de mano de obra barata en la India, porque requería un mayor nivel de tecnología en la periferia, dado que demandaba en ella cierto nivel de industrialización, para exportar su excedente de capital.

El sur esclavista norteamericano se resistió al cambio impuesto por el neocolonialismo y soñó con someter a todo México y Centroamérica a su control, valiéndose del *filibusterismo*, lo que fue resistido por Gran Bretaña, temerosa del expansionismo norteamericano, y también por Francia, que mandó un emperador austríaco a México, protagonizando una opereta trágica.

La guerra civil norteamericana puso fin a la superviviencia esclavócrata del colonialismo originario. La tardía *Lei Áurea* brasileña fue el último golpe fuerte sudamericano a un sistema productivo que no se ajustaba a la nueva hegemonía.

3. El racismo esclavista originario fue pesimista: las *razas inferiores* no podían evolucionar. El racismo servil neocolonizador fue optimista: ellas podían evolucionar, pero merced a una milenaria tutela de las *razas superiores.* A los mestizos se lo consideró *degenerados*, por ser menos dóciles que los *puros*, siendo estigmatizados como *desequilibrados y peligrosos.*

Las dos Guerras Mundiales cambiaron el panorama hegemónico de la región; perdió Europa su peso y el centro indiscutido pasó a los Estados Unidos.

A partir de la sangrienta Revolución Mexicana, los movimientos populares latinoamericanos fueron ampliando la ciudadanía real, incluyendo a amplios sectores de la población: Lázaro Cárdenas en México, el *Aprismo* en Perú, el *velasquismo* en

Ecuador, el *varguismo* en Brasil, el *yrigoyenismo* y el *peronismo* en la Argentina, etc. Fueron movimientos personalistas, fuera de los moldes de los partidos políticos europeos, a veces autoritarios, pero que se movieron hacia el desarrollo humano y el económico autónomo.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado se reforzó la hegemonía central en la región y estas pulsiones populares fueron neutralizadas por las buenas o por las malas, comprando políticos, eliminando a otros directamente o en sospechosos accidentes aéreos, o cometiendo los más aberrantes crímenes de lesa humanidad, legitimados con la delirante doctrina de la *seguridad nacional.*

Las *dictaduras de seguridad nacional* de América del Sur y de Centroamérica fueron los últimos coletazos del neocolonialismo. Consistieron en ocupaciones policiales de los territorios protagonizadas por las propias fuerzas armadas nacionales, adoctrinadas en las más puras técnicas colonialistas importadas de las inútiles atrocidades francesas en Indochina y Argelia, que infectaron el pensamiento de nuestros soldados desde una escuela que los pervertía en Panamá.

Cualquier abuso de los *populismos* empalidece frente a las atrocidades cometidas durante este período de ocupación por las fuerzas armadas locales, en el afán hegemónico por revertir las tendencias incluyentes en nuestras sociedades y la autonomía de sus estados.

Después de estas atrocidades con que se cerró el neocolonialismo, advino la actual *fase superior del colonialismo,* que es llamada *globalización.*

4. Desde los años setenta del siglo pasado, con la crisis del petróleo, la política colonialista cambió en los propios centros de poder, con inevitables consecuencias periféricas. Se abandonaron las ideas de sociedades incluyentes, de estado de bienestar y de economía keynesiana, pasando al fundamentalismo de mercado, o sea a una ideología que otorga amplia libertad de acción al capital financiero e impone necesarios modelos de sociedades excluyentes.

En las periferias, donde no se había alcanzado por completo el desarrollo del estado de bienestar (los modelos populistas habían sido desbaratados), se impusieron estados raquíticos (*vigilantes, guardias nocturnos o policías*), que se descapitalizaron y despilfarraron el ahorro de muchos años en fiestas de corrupción más o menos legalizada. Las políticas de ajuste impuestas por organismos internacionales

hegemónicos (FMI) provocaron una espiral catastrófica (ajuste, menor recaudación y más ajuste), con pauperización de las clases medias y paralización de la movilidad vertical.

En esta *fase superior del colonialismo* no se ocupan territorios policialmente, como en el colonialismo originario, derrotado por los libertadores; tampoco se acude a oligarquías vernáculas que mantengan a la población en servidumbre, como las que los pueblos desplazaron hace un siglo; tampoco se psicotiza a las fuerzas armadas para que ocupen sus territorios por cuya soberanía debían velar, porque ya no son confiables y provocan alta resistencia popular. Tampoco en los centros hegemónicos es hoy necesario vencer a un ejército ni pasar ua línea *Maginot*, aunque no se abandonó del todo la modalidad de valerse de traidores colaboracionistas (el mariscal valetudinario puede ser reemplazado por *jóvenes brillantes*), para que por cuenta de los ocupantes se encarguen de cuidar el territorio ocupado.

Algo de eso se observa en el centro, donde políticos dóciles calman a poblaciones que sufren el desempleo de más de la mitad de sus jóvenes y otras consecuencias del fundamentalismo de mercado, entre las cuales no son menores las maniobras estafatorias de sus bancos, desencadenando crisis que pagan sus contribuyentes.

En la periferia, en esta *fase superior del colonialismo*, se opera de modo parecido, tratando de imponer gobernantes que cuiden los intereses del capital financiero transnacional o procurando destituir a quienes le opongan resistancia o descalificar a los políticos que los denuncian.

Para eso se vale de la *opinión pública*, convenientemente configurada por los medios masivos de comunicación monopolizados (en particular la televisión, en manos de conglomerados que forman parte del mismo capital transnacionalizado), de los políticos inescrupulosos o tontos útiles, de sus *lobbystas* (o corruptores especializados), como también de los técnicos políticamente asépticos, esterilizados en los autoclaves de sus *Think Tanks* centrales.

5. Los Derechos Humanos plasmados en tratados, convenciones y Constituciones, son un programa, un *deber ser* que *debe llegar a ser*, pero que no *es* o, al menos, *no es del todo.* Por tal razón, no faltan quienes minimicen su importancia, incurriendo en el error de desconocer su naturaleza. Estos instrumentos normativos no

hacen –ni pueden hacer- más que señalar el objetivo que debe alcanzarse en el plano del *ser*. Su función es claramente heurística.

Quien los desprecia cae en una trampa ideológica: la repetida frase de MARX acerca del derecho, cuando se la toma como una inevitable realidad, sólo deja a los excluidos el camino de la violencia, donde siempre pierden, aunque triunfen. Lo que es verdad es que el actual poder financiero –como todo el hegemónico en todos los tiempos- quiere reducir el derecho a una herramienta de dominación a su servicio. Sin embargo, estos instrumentos son un obstáculo, porque de ellos pueden valerse –y de hecho se valen- los pueblos y los propios disidentes de las clases incluidas, para hacer del derecho un instrumento de los excluidos. La lucha en el campo jurídico actual se entabla entre el poder hegemónico, que quiere hacer realidad la frase de Marx e impedir cualquier redistribución de la renta, y quienes pretendemos usar al derecho como herramienta de redistribución de renta.

Pero estos instrumentos no fueron graciosas concesiones ni producto de una maduración reflexiva y racional de pueblos y gobiernos, sino que *los impulsó el miedo*. Ante las atrocidades de estados asesinos, que cometieron homicidios alevosos masivos, el *espanto* hizo que se sancionaran estas leyes nacionales e internacionales. La racionalidad que propugnan esos objetivos, digamos la verdad sin avergonzarnos como humanos, *no fue impulsada por la razón, sino por el espanto.*

Y tampoco los impulsó el miedo ante cualquier homicidio alevoso masivo: no lo produjeron las víctimas armenias, los hereros extinguidos por los alemanes, los haitianos masacrados por Trujillo en la frontera ni los congoleños esclavizados y diezmados por Leopoldo II de Bélgica, sino que fue el pánico provocado en el propio territorio hegemónico el que decidió a los poderosos a señalar el objetivo humano a alcanzar. El colonialismo entró en pánico sólo cuando vio que las víctimas de esas atrocidades eran otros humanos con pareja deficiencia de melanina.

Pero ni siquiera así, los nuevos poderes hegemónicos mundiales suscribieron por completo todos esos objetivos y se resisten hasta el día de hoy a hacerlo. A regañadientes definieron mezquinamente el *genocidio*, cuidando que su recortada definición no abarcase sus propios genocidios, y firmaron una Declaración Universal que en su origen sólo tuvo el valor de una manifestación de buena voluntad internacional.

Estos objetivos están lejos de alcanzarse en nuestra Patria Grande, donde sigue jugando la pugna entre el modelo de estado que pretende configurar una sociedad que incluya, frente a otro que quiere solidificar la exclusión. La polarización que vivimos tiene lugar entre un modelo de sociedad *incluyente* y otro *excluyente* y, en otro plano, entre *independencia* y *dependencia*.

En su *fase superior* el colonialismo sigue del lado de la dependencia, cuya condición necesaria es la sociedad excluyente, que implica el desconocimiento de la condición de *persona del ser humano latinoamericano.* A lo largo de la historia, el colonialismo se ha resignado a asumir lo inevitable, pero siempre reacomodándose a las nuevas circunstancias para detener la incorporación a la dignidad o impulsar su retroceso, en la mayoría de los casos a costa de los más aberrantes crímenes, sin reparar en lo más mínimo en el número masivo de muertes que provocaba.

No le importó al colonialismo la casi extinción de los originarios, la esclavización de los africanos transportados y de sus descendientes, la marginación de los criollos y mestizos, la reducción a servidumbre de pueblos enteros; no ahorró violencia, vilezas ni genocidios con tal de contener las pulsiones incorporativas; en su haber cuenta en nuestra Patria Grande con muchos millones de víctimas de violencia, enfermedad, hambre, miseria y toda clase de carencias elementales. Por cierto, hoy tampoco le importa el alto grado de violencia que introduce en nuestras sociedades y que cobra cientos de miles de vídas jóvenes, que su televisión monopolizada normaliza u oculta, procurando insensibilizar a las poblaciones y distraerlas, convirtiendo a las víctimas en victimarios.

6. Hasta hoy el *ser humano latinoamericano* se debate dificultosamente en pos del reconocimiento de su dignidad de *persona.* Buena parte de la población de nuestra Patria Grande se halla lejos de haber alcanzado ese objetivo. *Favelas, pueblos jóvenes, villas miserias* o como quiera llamarse a nuestros *slums*, alojan a millones de personas que no son jurídicamente reconocidas como tales.

Cuesta describir el control hegemónico que lleva a cabo en nuestra región esta *fase superior del colonialismo*, pero no en razón de su complejidad, sino porque la esfera afectiva interfiere la intelectual: es demasiado doloroso explicar cómo el colonialismo se desliza hoy por carriles de más sofisticada perversidad que en sus fases anteriores, pero no por eso menos letales y genocidas. Además, hiere más

profundamente la sensibilidad, pues nos hace sentir más culpables a quienes no padecemos las peores consecuencias de esa violencia colonial.

No es hoy la acción directa del poder represivo estatal la que comete la mayor parte de los homicidios masivos, pese a su muy considerable grado de letalidad (escuadrones de la muerte, desapariciones forzadas, ejecuciones sin proceso, *gatillo fácil*, colusión con grupos criminales violentos, torturas), todo lo cual hace que en ocasiones se identifique y confunda la acción estatal con la criminal.

La modalidad del control colonial actual varía en la región según las diferentes circunstancias geopolíticas, pero *en toda la Patria Grande tiene como objetivo común el montaje de un violentísimo aparato estatal represivo de control punitivo masivo de la población excluida.*

El poder financiero transnacional no se equivoca en sus objetivos, aunque como se mueve ideológicamente, a veces yerra en el plano de la realidad social, tanto en el centro como en la periferia, pero proyecta su modelo de sociedad excluyente en ambas puntas del poder hegemónico planetario.

a) En el centro norteamericano, desde fines de los años setenta del siglo pasado se abandonó el *New Deal* y el *welfare State* y se montó un aparato represivo monstruoso, que tiene por objeto controlar a su población de negros y latinos y frenar la inmigración del sur que intenta desplazarse impulsada por la necesidad. En esta línea, el estado norteamericano se ha convertido en el campeón mundial de la prisionización, pasando a la tradicional Rusia. Desde 1989 más de la mitad de su enorme población penal está compuesta por afroamericanos.

b) En Europa, los parientes pobres incorporados a la Unión sufren medidas económicas de ajuste que produjeron el desempleo de la faja etaria menor de veinticinco años. Su aparato represivo crece lentamente, pero aún centrando su atención sobre los inmigrantes, que están sobrerrepresentados en sus poblaciones penales. El Papa ha señalado el riesgo de convertir al Mediterráneo en un cementerio. Esas palabras tienen un sentido profundo: el Mediterráneo es la cuna de la civilización europea, vergonzosamente convertido hoy en la tumba de muchos miles de prófugos del hambre y de la violencia colonialista. Quizá rememora el genocidio de Cartago. Tal vez sea el desierto de Arizona europeo, o quizá el nuevo *muro.* Aún el aparato represivo europeo no ha desplazado su

acción contra los jóvenes desocupados, pero lo hará en cuanto su protesta deje de ser pintoresca y comience a ser disfuncional para el poder financiero.

c) El Sudamérica el poder transnacional procura contener y desbaratar cualquier tendencia hacia una mejor redistribución de la renta, para lo cual le es funcional la alta violencia homicida en nuestras zonas de vivienda precaria, como también la letalidad del accionar policial, que tiene lugar con clara tendencia selectiva clasista y racista. No son extraños a esta funcionalidad los esfuerzos por desbaratar cualquier tentativa más o menos seria de pacificación , como la que se intenta en estos días en Colombia.

d) La situación geopolítica –en particular respecto de la producción y distribución de cocaína- hace que el Cono Sur de Sudamérica (Uruguay, Argentina, Chile), de momento registre niveles relativamente bajos de violencia. No obstante, el poder financiero trata de crear mediáticamente una realidad mucho más violenta que la letalidad registrada, con el mismo objetivo que en el resto de la región: montar un aparato represivo violento y gigante para controlar a sus excluidos. Para eso se vale del monopolio televisivo, de sus comunicadores, personeros, traidores y mercenarios.

7. Es cada vez más urgente despertar del letargo televisivo. El panorama de letalidad violenta de nuestra región representa un verdadero *genocidio por goteo.* De los 23 países que *en el mundo* superan el índice anual de homicidios de 20 por cada 100.000 habitantes, 18 se hallan en América Latina y el Caribe y 5 en África.

Son varias las investigaciones locales que muestran que esas tasas se concentran en nuestros barrios y asentamientos precarios, como también que los homicidios allí cometidos son *los que presentan los porcentajes más altos de no esclarecimiento e impunidad.*

Esto corresponde a la modalidad de control de la exclusión propia de esta fase avanzada del colonialismo. Es el efecto que sobre nuestra región tiene *la Tercera Guerra Mundial no declarada.*

Lejos de cierto pensamiento progresista que teme a métodos de control violento de siglos pasados, la verdad es que nuestros barrios precarios ya no son predominantemente controlados con tanques y policías y menos aún con los *cosacos del Zar.* Por el contrario, hoy se fomentan las contradicciones entre los propios excluidos y

entre éstos y las fajas recién incorporadas. Las cifras disponibles muestran que *los criminalizados, los victimizados y los policizados, se seleccionan de las mismas capas sociales carenciadas o de las más bajas incorporadas.*

El fomento de la conflictividad entre los más pobres potencia una violencia letal que ahorra la mayor parte de la tarea genocida a las agencias estatales, al tiempo que obstaculiza la concientización, la coalición y el protagonismo político coherente y organizado de los excluidos.

La altísima violencia que permite este *genocidio por goteo*, al igual que la diferencia con el Cono Sur, no podrían explicarse sin la incidencia de la economía creada por la *prohibición de la cocaína.* La demanda de este tóxico no sólo es rígida, sino que se fomenta mediante una publicidad paradojal, que asocia su uso a la transgresión, siempre atractiva a las capas jóvenes. Ante esta demanda incentivada, la prohibición reduce la oferta y provoca una formidable plusvalía del servicio de distribución, que se controla mediante las agencias que persiguen el tráfico y que, por ende, se convierten en *entes reguladores del precio.*

Se trata de un rudimentario recurso alquímico, que bien podría usarse con cualquier otro objeto, por despreciable que fuere, siempre que tuviese una demanda rígida o en condiciones de ser aumentada.

El tóxico se produce en nuestra región y en ella queda alrededor del 40% de la renta total, en tanto que la mayor parte la produce la plusvalía del servicio de distribución interno de los Estados Unidos. La competencia por alcanzar el mercado mayor de consumo, o sea, por la exportación a los Estados Unidos, se produce en América Latina, con altísimo nivel de violencia competitiva, que se incentiva con armas importadas desde el país demandante, donde además se retiene el monopolio del servicio de reciclaje del dinero de la totalidad de la renta.

Para garantizar el monopolio del reciclaje existe un organismo internacional secundario, pero que abusa de su autoridad extorsionando con graves sanciones económicas a nuestros países, con el pretexto de controlar el financiamiento del terrorismo, al tiempo que los obliga a tipificar penalmente esta figura difusa, abriendo la posibilidad de criminalización de disidentes y minorías, como ha sucedido con las indios mapuches en Chile.

La prohibición de cocaína también genera mercados internos en nuestros países, lo que da lugar a un tráfico que en buena medida es de supervivencia, al menos en sus eslabones menores. También este tráfico interno menor provoca competencia violenta, sobre la que opera una considerable intervención policial, puesto que inevitablemente su cobertura pasa a ser una fuente de recaudación de alto valor para las cúpulas de las agencias autonomizadas del poder político.

La *guerra a la droga* que, como era previsible, estaba perdida desde el comienzo, se ha convertido en la mayor fuente de letalidad violenta de la región. Ha causado cientos de miles de muertes de jóvenes en pocos años, cuando se hubiesen necesitado siglos para provocar un número cercano por efecto del abuso del tóxico.

La cocaína no mata tanto por sobredosis, sino que lo hace su prohibición por concentración de plomo. Esta política suicida y absurda desde el punto de vista penal y de salud, sólo es coherente como instrumento colonialista para corromper a las instituciones policiales, infiltrarse en la política y en algunos países para desprestigiar a las fuerzas armadas y debilitar la defensa nacional.

Para colmo de males, la dimensión alcanzada por la economía de la cocaína impide dar con respuestas sencillas, pues cualquier solución que haga caer la brutal plusvalía, deberá contemplar los efectos negativos que pueda acarrear en los países productores de materia prima, el posible desempleo, el eventual desplazamiento de la actividad criminal vinculada a la distribución y, quizá, cierta recesión en la economía mundial.

8. En nuestra región, los medios de comunicación masiva, en especial la televisión, se hallan concentrados en grandes monopolios que están inextricablemente vinculados en red con los intereses del poder transnacional. Lógicamente, sus mensajes son perfectamente funcionales al modelo de sociedad excluyente que éstos fomentan. En consecuencia, juegan un papel central en el *genocidio por goteo* que se está cometiendo en la región.

En los países de alta violencia real, donde el aparato represivo mortífero es funcional a la letalidad entre excluidos, la televisión concentrada cumple la función de ocultarla, disimularla, minimizarla o naturalizarla. Por el contrario, en el Cono Sur, donde es mucho menor la violencia letal, la televisión concentrada crea una realidad

violenta que le permita exigir –mediante reiterados mensajes vindicativos- el montaje de ese aparato mortífero.

Es continua la instigación televisiva a la violencia, al linchamiento, a la criminalización de niños, a la estigmatización de adolescentes y jóvenes de nuestros barrios precarios, creando estereotipos criminales con sus características.

Los recursos de esta publicidad populachera son ampliamente conocidos, aunque no por ello menos eficaces: la invención de *víctimas-héroes*, la reiteración de la noticia roja sensacionalista, la exhibición de unas víctimas y el meticuloso ocultamiento de otras, los comunicadores *indignados*, el desprecio a las más elementales garantías ciudadanas, el reclamo de un retroceso a la premodernidad penal y policial, etc. En definitiva, *se trata de mostrar a las víctimas como victimarios.*

La misma comunicación de entretenimientos televisiva –las famosas *series policiales*- no son más que publicidad de violencia y propaganda del monstruoso aparato represivo norteamericano. Es reiterada la imagen del *héroe policial* que logra acabar con el villano y salvar a la mujercita (nunca mostrada como inteligente) gracias a que desoye los llamados a la prudencia o viola reglas procedimentales. Tampoco deja de ser un personaje que no sufre el dolor ni el miedo, es hiperactivo, no se inmuta por matar, etc., o sea, que reúne bastantes características de psicópata.

Lo cierto es que la imagen de la violencia que tiene nuestra sociedad es la que proyecta la televisión concentrada, sea ocultando o disfrazando la existente o inventando la que no existe, siempre con el objetivo claro de montar un poder represivo mortífero y brutal. Pero al mismo tiempo, también es cierto que es muy poco o casi nada lo que se invierte en investigación de campo acerca de la violencia. Lamentablemente, dado que no es posible prevenir eficazmente lo desconocido, cabe llegar a la penosa conclusión de que, más allá de las declamaciones, no hay poder interesado en prevenir seriamente las lesiones masivas al derecho a la vida en nuestra región.

9. En Latinoamérica –como en todo el mundo- los políticos quieren ganar votos y elecciones. Por ende, les resulta muy difícil enfrentarse con la televisión monopolizada. El poder financiero transnacional lo sabe y lo explota, pues se trata de una cuestión clave para sus objetivos hegemónicos. Basta verificar cómo en toda nuestra región la televisión concentrada emite una constante publicidad destituyente y descalificante de

cualquier movimiento popular que pretenda redistribuir mínimamente la renta. Cualquier caso de corrupción pasa a ser vital, pero oculta cuidadosamente la administración fraudulenta de quienes contraen deudas imposibles de pagar, entregan soberanía sometiendo al país a jurisdicciones extranjeras, llevan a cabo políticas de ajuste que terminan en crisis, desbaratan el potencial industrial, malvenden la propiedad estatal, etc.

Los políticos le temen a la televisión concentrada, y entre los asustados y los inescrupulosos sólo parecen ponerse de acuerdo para sancionar leyes penales disparatadas, que destruyen códigos y legislación razonable, para reemplazarlos por una colección de respuestas a mensajes televisivos que, en buena medida, promueven una *antipolítica* –por cierto que también funcional al poder transnacional-, dado que cada día es más evidente que responde a una actitud de subestimación de la inteligencia del pueblo.

Incluso los políticos que postulan modelos incluyentes de sociedad no pueden sustraerse del todo al reclamo de un aparato punitivo letal. Les embarga el miedo a la televisión, se sienten amenazados incluso en lo interno de sus propios partidos o movimientos, creen que deben dar muestras de *orden* y, de este modo, entran en contradicciones inexplicables.

En los últimos tiempos se ha difundido la modalidad de *linchamiento televisivo de jueces*, en lo que se prenden políticos sin vergüenza y atemorizados, sembrando el temor en los poderes judiciales, con resultado de extender prisiones innecesarias incluso de inocentes.

Debemos reconocer que en las clases políticas de nuestra región, reina una profunda y a veces cultivada ignorancia respecto de nuestro *genocidio por goteo*, muchas veces tratado como problema, pero de importancia secundaria o de incumbencia policial. La publicidad populachera de la televisión concentrada tiene tal fuerza que empapa a todos los sectores políticos, los aliena de la realidad violenta, creando un verdadero *paradigma de no saber y no pensar* que, en alguna medida, rige para todos los matices políticos. De este modo, en nuestra región conviven sistemas políticos liberales con sociedades que en buena parte son culturalmente premodernas o autoritarias, en una versión latinoamericana de la contradicción señalada para Europa por Boaventura DE SOUZA SANTOS.

10. No sería posible evaluar la distancia entre el programa de Derechos Humanos y la realidad letal de nuestra región sin una referencia a las instituciones policiales. Por otra parte, la referencia se impone, porque cuando las valoramos desde la perspectiva del colonialismo, se observa una particularidad: la función estructuralmente colonialista originaria de nuestras policías, es decir, la de ocupación territorial, se ha mantenido invariable a lo largo de los siglos.

La colonización originaria consistió en la ocupación policial de un territorio extranjero, creando inmensos campos de concentración. Si bien esta modalidad primitiva se dejó de lado en las fases posteriores del colonialismo, el modelo de policía de ocupación territorial se mantiene hasta el presente.

En el siglo XIX copiamos la Constitución de los Estados Unidos (único modelo republicano a la sazón disponible), pero no hicimos lo propio con la policía comunitaria norteamericana y, hasta el presente, nuestras policías conservan sus estructuras de ocupación territorial militarizada. Las oligarquías neocolonialistas les concedieron cierta autonomía y luego cundió la modalidad política de intercambiar con ellas gobernabilidad por concesión de ámbitos de recaudación autónoma.

Ese camino sucio, con un estado *rufián*, que no pagaba lo justo a sus policías, pero que los habilitaba a recaudar de lo ilícito, dio algún resultado, hasta que el estallido de la prohibición de cocaína y los otros tráficos ilícitos favorecidos por la revolución comunicacional, terminaron por poner en crisis a las instituciones policiales, deteriorar su función y degradar la imagen misma del estado y el respeto a la legalidad.

La formación de cajas de recaudación policial autónoma es públicamente conocida, lo que empaña la imagen de toda la institución. No obstante, su reparto es todo menos equitativo. El reclamo de una distribución equitativa es obstaculizado por la prohibición de sindicalización y la negación de todo derecho laboral a su personal, so pretexto de militarización, que importa el sometimiento a un orden interno arbitrario que en ocasiones lleva a subestimar su propio derecho a la vida.

El deterioro que en el siglo pasado sufrieron nuestras fuerzas armadas, como consecuencia de la alucinante doctrina de la *seguridad nacional*, se transfirió a nuestras instituciones policiales, cuando el poder transnacional decidió pasar del *estado de seguridad nacional* al *de seguridad urbana o ciudadana.* Pero no contento con ello, el poder transnacional, impulsó a algunos países de la región a que degradasen a sus

fuerzas armadas a funciones policiales internas, con las consecuencias lamentables que para éstas y para la defensa nacional hoy verificamos.

El colonialismo nunca ha renunciado a la estructura militarizada de ocupación territorial de nuestras policías, propia de su fase originaria, que sigue siendo funcional a su modelo excluyente de sociedad, pese a que está ampliamente demostrado que este modelo es claramente lesivo del derecho a la vida de los jóvenes de las clases más desfavorecidas de nuestros pueblos, que lo nutren de víctimas de letalidad policial como también de policías victimizados.

11. Un dato altamente significativo es que nuestra región presenta simultáneamente los más altos índices de homicidios del mundo, pero también los de más alta desigualdad en la distribución de la renta, medida con el coeficiente de Gini.

Según los datos comparativos de la ONU, los índices de homicidio tienden a guardar una relación inversa con el ingreso *per cápita*, pero también una marcada relación directa con el coeficiente de Gini, o sea, que la experiencia mundial indica que *a menor ingreso per cápita y a peor distribución, corresponden más homicidios.*

De este modo resulta que el derecho al desarrollo que, como vimos, desde la perspectiva central es de *tercera generación,* en el plano de la realidad se conecta íntimamente con el primero de los Derechos Humanos, que desde la misma perspectiva sería de *primera generación.* El respeto a la vida depende, por ende, de la inclusión social, de la movilidad vertical, de la distribución mínimamente equitativa de la renta. Con razón los teóricos más modernos de los Derechos Humanos parecen haber archivado su clasificación en *generaciones*, para sostener hoy la *conglobación* de todos ellos.

Estos datos universales y regionales, que indican que no siempre se observa una correlación mecánica de la violencia letal con el ingreso *per cápita*, sino que incide el coeficiente de Gini, están señalando, para decirlo en palabras más claras, que no es la simple pobreza la que se refleja automáticamente en la violencia letal, sino *la falta de proyecto, es decir, la frustración existencial que provoca la sociedad excluyente.*

El recorrido por el colonialismo y por los signos más notorios de su actual fase superior, pone en evidencia la distancia que media en nuestra región entre el *deber ser* heurístico de las normas constitucionales e internacionales y su efectiva realización social. La correlación entre homicidios y desigualdad social no es una coincidencia

accidental, sino el indicador de los efectos genocidas del modelo de sociedad excluyente impulsado por el poder financiero transnacional, que nos acosa como *fase superior del colonialismo.*

Más allá del ocultamiento televisivo de la violencia letal o de su exageración mediática, de la confusión que esto siembra en el público y en las clases políticas, de la constante instigación a la venganza y al montaje de un aparato represivo mortífero, del oportunismo o del amedrentamiento o ignorancia de políticos y jueces, el *ser humano latinoamericano* sigue batiéndose y abriéndose paso por su derecho a ser considerado y tratado como *persona*.

El jurista latinoamericano se halla ante el ineludible deber jurídico y ético de repensar teóricamente el derecho en nuestra región, teniendo como objetivo primario una tutela real y eficaz del primero de todos los derechos: el derecho a la vida, lesionado en forma permanente por el *genocidio por goteo* que provoca la actual *fase superior del colonialismo* en nuestra Patria Grande.

Si bien abundan las *Malinches* de ambos géneros, nuestro *ser humano latinoamericano* no deja de reclamar el reconocimiento de su dignidad de persona, aunque sigue sufriendo en sus pies el dolor de Cuauhtémoc.

* * * * * *

Crisis económica y criminalización de los piquetes de huelga: claves para juristas[1]

~Excmo. Sr. Dr. D. Manuel-Jesús Dolz Lago~
Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo. Socio de la FICP.

I. INTRODUCCIÓN: LA CRISIS ECONÓMICA, LAS REFORMAS LABORALES Y EL DERECHO PENAL

Cualquier estudio sobre la conflictividad laboral carecería de rigor sino se enmarcara en la crisis económica capitalista y las reformas laborales que han llevado al desmantelamiento del Derecho del Trabajo, tal y como se concebía hace unas décadas[2].

Frente a este fenómeno, la conflictividad laboral es legítima y tiene su protección constitucional más clara en el derecho fundamental de huelga consagrado en el art. 28.2 CE que afirma paladinamente que «se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

Es cierto que las crisis económicas capitalistas siempre han condicionado al Derecho del Trabajo[3] y que, prácticamente, desde los albores del siglo XX, vienen golpeando las conquistas laborales, nacidas precisamente gracias a la conflictividad laboral, es decir, a la lucha de clases, la lucha de la clase obrera frente al capital. Así, el binomio crisis económica/conflictividad laboral está inexorablemente unido.

A cada crisis económica, que tiene como consecuencias lo que gráficamente podría denominarse «zarpazos» al Derecho del Trabajo, le es inherente una legítima conflictividad laboral, producto de la reacción obrera frente al poder capitalista.

---

[1] Artículo publicado en El Diario La Ley, 8405, 23 de Octubre de 2014.

[2] Véase la excelente y monumental obra dirigida por GARCÍA NINET, José Ignacio, El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014, Barcelona, Atelier, Obra Social «La Caixa» y Universitat de Barcelona, 2014, 1031 p. También en la página web de la Unión Progresista de Fiscales, el comentario de Antonio BAYLOS titulado «Reflexión tras un año de reforma laboral», fechado el 12 de marzo de 2014, que incide en la misma idea del desmantelamiento del Derecho del Trabajo tras las últimas reformas laborales comenzadas en el año 2010 y llevadas a cabo por la Ley 3/2012, de 6 de julio y el RD de 3 de agosto de 2013.

[3] Que el Derecho del Trabajo tiene de compañero de viaje histórico a la crisis económica ya fue recordado en 1984 por PALOMEQUE en una comunicación al Congreso de Derecho del Trabajo de Foz de Iguazú, el cual para la crisis de los 70 negaba que se estuviera en condiciones de «enterrar alegre y definitivamente cuantos postulados han acompañado al Derecho del Trabajo en buena parte de su recorrido histórico» (p. 15) y destacaba el carácter ideológico de sus consecuencias, descartando el fácil recurso de utilizar el concepto de la crisis económica en calidad de concepto mágico como campana protectora de casi todo (pp. 15-16)

En sendos trabajos nuestros de los años 90 del pasado siglo abordamos cómo las reformas laborales de entonces vaciaban principios básicos del Derecho del Trabajo (*v. gr.* estabilidad en el empleo y negociación colectiva) al imponerse una legislación laboral que propiciaba la flexibilización e inestabilidad en el empleo y la desregulación) dejando muy limitado el contenido normativo el delito contra la libertad y seguridad en el trabajo introducido en 1971 a través del art. 499 bis CP.

En efecto, en nuestro estudio «Reforma laboral y delito social: algunas contradicciones»[4], analizábamos si los principios formulados por la doctrina laboral sobre la esencia del Derecho del Trabajo (tales como el de estabilidad en el empleo, el de norma más favorable y condición más beneficiosa, el de irretroactividad de las normas menos favorables, el de derecho mínimo necesario y el de in dubio pro operario) que se tuvieron en cuenta en la regulación penal del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo del art. 499 bis CP (año 1971) habían cambiado por las reformas laborales posteriores y, en definitiva, si era factible una hermenéutica del precepto penal pensado para tutelar aquellos principios en un nuevo contexto jurídico laboral que ya no conservaba los mismos, para concluir que desgraciadamente las reformas laborales consecuencia de las crisis económicas vacían la capacidad protectora del Derecho Penal del Trabajo y permiten preguntarse por la verdadera utilidad del Derecho Penal como instrumento de protección jurídica de los intereses de los trabajadores frente a los intereses del capital.

Si esto es así en el ámbito de la relación individual de trabajo, cuando analizamos la cuestión desde la perspectiva de las relaciones colectivas de trabajo e incluso de la Seguridad Social, se observa que el Derecho Penal del Trabajo además de estar anclado en la pura desigualdad[5], invierte su tendencia protectora de derechos colectivos fundamentales tan importantes como el derecho de huelga para castigar en lugar de proteger algunas manifestaciones de este derecho, como es la penalización de los piquetes laborales por la vía del delito de coacciones laborales del art. 315.3 CP, que examinaremos posteriormente.

[4] Publicado en la revista Tribuna Social, 46, octubre 1994.
[5] Véase nuestro estudio Los delitos contra la Seguridad Social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 38, 2014.

En otro estudio nuestro titulado «Aspectos penales del derecho de huelga ante el cambio normativo»[6], advertíamos como la protección penal del derecho fundamental del derecho de huelga no era coherente con el carácter fundamental de ese derecho colectivo ni contemplaba la dimensión colectiva de su ejercicio, atribuyendo el TS en la sentencia de la Sala 2.ª de fecha de 22 de mayo de 1986 en el delito de coacciones laborales (entonces, art. 496.2 y 3 CP) la protección de un bien jurídico protegido diferente al derecho de huelga como era la llamada «libertad de los trabajadores no huelguistas», bien jurídico que no debería entenderse protegido en estos tipos penales, que sólo protegen el derecho fundamental de huelga, tanto en su aspecto positivo como negativo, es decir, en su ejercicio como en los impedimentos para el mismo.

Tendremos ocasión de profundizar en esta cuestión más adelante pero ahora volvamos a las consecuencias de las crisis económicas sobre el Derecho del Trabajo, que están en la base de la criminalización de la conflictividad laboral.

En nuestro estudio ya citado «Los delitos contra la Seguridad Social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad», decíamos sobre esta cuestión lo siguiente:

Con motivo de la crisis económica que padecemos aproximadamente desde el año 2006[7], si bien hay que reconocer que las crisis responden a períodos cíclicos de la economía propia del sistema capitalista siendo inherentes al mismo, sin que se pueda afirmar en modo alguno que constituyen una novedad, quisiera resaltar una intuición personal que se confirma con las conclusiones de eruditos estudios sociológicos ajenos[8].

---

[6] Publicado en la revista Tribuna Social, 24, diciembre 1992.

[7] Véanse los monográficos de la revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, titulados «Crisis económica: Diagnósticos y Pronósticos, I», 28 de abril de 2012 y II, 29 de mayo de 2012. En este último, los estudios de DE LA VILLA, L. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y MERCADER UGUINA, J. sobre la reforma laboral, pp. 4-37. También, en relación con España, COLINO, César/ COTARELO, R. (comp.), España en crisis. Balance de la segunda legislatura de Rodríguez Zapatero, Valencia, Tirant Humanidades, 2012, 542 p., y SANCHEZ-CUENCA, I. Años de cambios, años de crisis. Ocho años de gobiernos socialistas, 2004-2011, Madrid, Los libros de la Catarata y Fundación Alternativas, 2012, 108 p. Desde el punto de vista comparativo, DEL PINO, Eloísa / RUBIO LARA, M.ª Josefa (eds.), Los Estados del Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada, Madrid, Tecnos, 2013. Para un análisis de economía política, GÓMEZ SERRANO, P. J (coord.), Economía política de la crisis, Madrid, Ed. Complutense, 2011 y Monográfico de la revista Sistema, 225 y 226, mayo 2012, titulado Economía de las políticas públicas, con estudios de KLINDT, M. P. y HALKJAER sobre la flexiseguridad y el modelo laboral danés y de FERNÁNDEZ-MACÍAS, E. sobre la política laboral española. MONEREO PÉREZ, J. L./SÁNCHEZ MONTOYA, J. E. (dirs.), El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica, Comares, 2010, 798 p.

[8] No quisiera cansar al lector con eruditas citas. Sobre todo, por seguir el consejo de CERVANTES SAAVEDRA, Miguel, el cual en su universal obra, tan citada como poco leída, algo así como la Biblia, El Ingenioso Hidalgo Don Qvixote de la Mancha, Madrid, 1605 (consulto la ed. del Instituto Cervantes

Salvo las excepciones que siempre confirman las reglas, se llega a la siguiente conclusión: durante la crisis los ricos son más ricos y los pobres más pobres, mientras las clases medias siguen en esa indefinición singular de su especie, es decir, unos son más ricos y otros son más pobres.

Curiosa ecuación, que tampoco es ninguna novedad, en un sistema económico como el capitalista, que se rige, estructuralmente instalado en la desigualdad económica, por principios en los que el lucro o el beneficio económico son el único norte del sistema, al margen de la inteligente integración en el mismo de elementos de política social, siempre subordinados a la política económica, que queda en último término al servicio del poder económico[9].

El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social no podía, ser tratado de otro modo en la crisis económica, es decir, desde el plano de la desigualdad. Y para confirmarlo ahí están las sucesivas reformas laborales[10] que hacen irreconocible al Derecho

(1605-2005), dirigida por Francisco RICO con la colaboración de Joaquín FORRADELLAS y Estudio Preliminar de Fernando LÁZARO CARRETER, Galaxia Gütenber, Círculo de Lectores) en su Prólogo dirigido al «desocupado lector», le decía: «(...) De todo esto ha de carecer mi libro, porque ni tengo qué acotar en el margen, ni qué anotar en el fin, ni menos sé qué autores sigo en él, para ponerlos al principio, como hacen todos, por las letras del abecé, comenzando por Aristóteles y acabando por Xenofonte y en Zoílo o Zuxis, aunque fue maledicente el uno y pintor el otro. También ha de carecer mi libro de sonetos al principio, a lo menos de sonetos cuyos autores sean duques, marqueses, condes, obispos, damas o poetas celebérrimos; aunque si yo los pidiese a dos o tres oficiales amigos, yo sé que me los darían y tales, que no les igualasen los de aquellos que tienen más nombre en nuestra España. En fin, señor u amigo mío —proseguí— yo determino que el señor don Quijote se quede sepultado en sus archivos en la Mancha, hasta que el cielo depare quien le adorne de tantas cosas como le faltan, porque yo me hallo incapaz de remediarlas, por mi insuficiencia y pocas letras, y porque naturalmente, soy poltrón y perezoso de andarme buscando autores que digan lo que yo me sé decir sin ellos (...)». No obstante, comprenderá el lector que cito en cuanto a los clásicos a los más queridos y en cuanto a los otros, los de actualidad. Ver FÉLIZ TENAZOS, José/SOTOMAYOR, Eva/SÁNCHEZ MORALES, Rosario/DÍAZ, Verónica, En los bordes de la pobreza. Las familias vulnerables en contextos de crisis, Madrid, Biblioteca Nueva, 2013, 231 p. BELZUNEGUI, Ángel (Coor.), Socialización de la pobreza en España. Género, edad y trabajo en los riesgos frente a la pobreza. Icaria, Barcelona, Antrazyt, 2012.

[9] Sabemos que no descubrimos nada nuevo y que hoy día los análisis científicos de los fenómenos sociales apuntan a las causas estructurales más que a las coyunturales, siguiendo la estela de los grandes pensadores del siglo XIX, afortunadamente en este siglo XXI ya no tan demonizados como lo fueron en el siglo XX (v. gr. Carlos MARX y sus teorías sobre el materialismo dialéctico y el materialismo histórico, véase su obra maestra El Capital. Crítica de la Economía Política, Tomos I (1867), Tomo II (1885) y Tomo III (1894), estos dos últimos en base a los manuscritos de MARX por Friedrich ENGELS, Fondo de Cultura Económica. México, 1.ª ed. en español 1946. Traducción de W. R. En clave divulgativa de esta obra, véase HARNECKER, Marta, El capital: conceptos fundamentales y en la misma obra su traducción de la obra de LAPIDUS/OSTROVITIANOV, Manual de economía política, 1.ª ed., Siglo XXI de España, editores, 1974.

[10] Ver VILLA GIL, L. E., La peripecia de la reforma laboral, revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 16, noviembre 2010, pp. 20 y ss.; el mismo, Las reformas laborales de los Gobiernos de José Luis Rodríguez Zapatero de 2004 a 2011, Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 34, julio 2013, Iustel. También, LASA LÓPEZ, Ainhoa, El ocaso de la normativa garantista del trabajo: la reforma laboral de 2012, Sistema, 230, abril 2013, pp. 75-94, quien sostiene acertadamente que «los procesos reformadores del mercado de trabajo deben analizarse desde una perspectiva vinculada a las transformaciones incorporadas por el nuevo constitucionalismo del mercado y

protector de los derechos de los trabajadores, desde sus postulados dogmáticos más comprometidos con el Estado social y democrático de Derecho, lo que ha permitido a más de un ilustre *iuslaboralista* preguntarse si hubo alguna vez un Derecho de tal naturaleza[11].

Concebido el Código Penal como la Constitución negativa, la protección penal de los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social[12] discurre del mismo modo en el plano de la desigualdad, como lo atestigua el diferente tratamiento punitivo que reciben la protección de los ingresos y de los gastos de la Seguridad Social en relación con los delitos contra la Hacienda Pública u otros delitos patrimoniales, en orden a la fijación o no de cuantías mínimas para su persecución penal, a los que nos referiremos en estas notas, a raíz del breve comentario que hacemos de la reforma del delito contra la Seguridad Social operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre[13] y de sus consecuencias prácticas en el campo de lo que viene denominándose delitos relacionados con la corrupción, en este caso, privada frente a la pública[14], es decir, la

---

su modelo económico, como presupuestos determinantes de la configuración de un nuevo derecho del trabajo funcional al mercado e instrumental a la acumulación de capital. En este sentido, la Ley 3/2012 no representa una mera respuesta normativa a la crisis económica y financiera internacional, sino que se sitúa en la estela de las reformas que se han acometido desde los años ochenta con la finalidad de adecuar los presupuestos de la normativa laboral a los parámetros del nuevo modelo emergente que se define por contraste y ruptura con los contenidos fundamentales del Estado social».

[11] Son abundantes los testimonios escritos de eminentes iuslaboralistas en este sentido, v. gr. DE LA VILLA GIL, L. E. y GARCÍA NINET, J. I.. El primero titulaba un trabajo suyo sobre la reforma laboral de 2012 del siguiente modo: «El Derecho del Trabajo, ¿ha muerto o vive todavía?», revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 29, mayo 2012. GARCÍA NINET, I., con gran acierto y valentía, se ha pronunciado en innumerables ocasiones contra la injusticia del sistema de reformas que desnaturaliza nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, así pueden consultarse sus prólogos a las obras de su dirección, en la mejor tradición de los maestros que avalan los estudios (véase el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra de VIEHWEG, Tópica y Jurisprudencia, Taurus, 1963), como el Manual de Prevención de Riesgos Laborales, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 23-26 o Manual de Derecho del Trabajo, 7.ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, pp. 46 y 47; también, muy incisivo en el comentario titulado «¿Nuestro derecho a la vida estará en función a lo cotizado?», en página web de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESS) y en sus «Notas sobre el nacimiento, desarrollo y extinción del Mutualismo laboral» en el libro Cien años de protección social en España, editado por el Ministerio de Trabajo, 2007, pp. 243-302. En el ámbito de la Seguridad Social, ya VIDA SORIA, J, su Discurso de apertura del curso académico 2001-2002 en la Universidad de Granada lo tituló gráficamente «¿Qué fue eso de la Seguridad Social?».

[12] Ver en el Código Penal vigente, tras la última reforma realizada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, arts. 307, 307 bis y 307 ter (delitos contra la Seguridad Social) y 311-318 (De los delitos contra los derechos de los trabajadores). Entre la amplia bibliografía sobre estos delitos, si bien no en relación con los delitos contra la Seguridad Social, ver la Tesis doctoral de RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo. Análisis dogmático de los arts. 316 y 317 del Código Penal, Iustel, 2007 y abundante bibliografía allí citada.

[13] BOE núm. 312, de 28 de diciembre.

[14] Sobre la corrupción privada, véase SEQUEROS SAZATORNIL, F./DOLZ LAGO, M. J., Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores, Ed. La Ley, 2013. En cuanto a la pública, DOLZ LAGO, M.J., El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (Una visión jurisprudencial crítica), Ed. La Ley, 2014. La Fiscalía General del Estado, en su última Memoria 2013, dedica sendos apartados a los fenómenos de corrupción

cometida por agentes privados (empresarios y trabajadores) y no por agentes públicos (funcionarios o autoridades públicas), sin que se pueda afirmar en modo alguno que constituyen una novedad.

Visto lo anterior, ¿cómo responde el Derecho Penal del Trabajo ante la emergencia social? La protección penal de los derechos de los trabajadores, en los que incluyo a la Seguridad Social, si bien ésta tiene matices diferenciadores no excluyente de un concepto global de Derecho Penal del Trabajo, acusa en gran medida la drástica reducción de estos derechos acometida mediante las sucesivas reformas laborales que se han instalado en la precariedad del empleo con la excusa de reducir el paro así como la relajación de los controles administrativos en los expedientes de regulación de empleo.

Siendo el Derecho Penal del Trabajo[15] un Derecho Penal de normas en blanco, por remisión al bloque normativo laboral y de la Seguridad Social, resulta evidente que minorado este bloque *in peius* para el trabajador, se reduce también la protección penal del mismo, dejando de ser conductas prohibidas lo que antes lo eran e incluso pasando a ser conductas legales lo que antes eran conductas penales[16].

En este sentido, el Derecho Penal del Trabajo ante la emergencia social de la crisis económica ha sido desnaturalizado, con pérdida sensible de su sentido protector de los trabajadores, para identificarse cada vez más con el verdadero carácter que le dio origen en calidad de norma simbólica o *ad exhibendum,* que ya resaltó la doctrina en su día[17].

---

pública y privada en el epígrafe «Corrupción social, política y económica» del Capítulo V titulado Algunas cuestiones de interés con tratamiento específico, pp. 648-665. Puede consultarse esta Memoria FGE en la página fiscal.es, pestaña documentos. Es indicativo la relación de los delitos contra la Seguridad Social como delitos de corrupción en cuanto el art. 19.4 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, según redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre) para delimitar las competencias de la Fiscalía contra la Corrupción y Criminalidad Organizada, creada por Ley 10/1995, de 24 de abril, bajo la denominación «Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción», incluye a estos delitos que afectan al patrimonio de la Seguridad Social, tanto en su faceta de ingreso (recaudación) como de gasto (prestaciones).

[15] Una referencia al mismo, en DOLZ LAGO, M.J., El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo: perspectiva interdisciplinar, Revista General de Derecho, 579, diciembre 1992, con cita de las primeras obras sobre esta materia de PÉREZ LEÑERO, Derecho Penal del Trabajo español, ADPCP, 1949 y de GARCÍA ABELLÁN, Derecho penal del Trabajo, Madrid, 1955, a las que siguió años después ARROYO ZAPATERO, Manual del Derecho penal del Trabajo, Barcelona-Madrid, Ed. Praxis, S.A., 1988, y BAYLOS, A./TERRADILLOS, J., Derecho Penal del Trabajo, Ed. Akal, 1990, expresando estos últimos con ROMAGNOLI «el carácter ideológico del sistema penal del trabajo que encubre una separación absoluta entre las conductas que castiga y una realidad que las reproduce cotidianamente en la impunidad».

[16] Obsérvese que si el art. 311.1.º CP castiga a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones generales, convenios colectivos o contrato individual, desde el momento que se vacían estos derechos en las fuentes normativas, el tipo penal queda también vacío de contenido.

[17] Entre otros, MENA ÁLVAREZ, J.M., Virtualidad práctica del art. 348 bis a), en: VV.AA., Protección

En el ámbito colectivo del trabajo, el Derecho Penal del Trabajo es un fiel reflejo de la no asunción por el legislador penal del carácter fundamental del derecho de huelga con todas sus consecuencias, penalizando una expresión de este derecho como son los piquetes laborales a través del delito de coacciones laborales, actualmente recogido en el art. 315.3 CP, desde un erróneo planteamiento del bien jurídico protegido al tratar de incluir en el mismo una supuesta «libertad de trabajo» cuando sólo se justificaría dicho precepto desde la perspectiva de la protección del derecho de huelga en su vertiente positiva, es decir, el ejercicio legítimo del derecho, que impide las conductas coactivas realizadas al amparo de dicho derecho[18].

En todo caso, expondremos sobre este delito de coacciones laborales las propuestas de su despenalización[19] o, al menos, de un tratamiento penal más acorde con la dimensión colectiva de la acción, que excede a la acción individual y merece por ello una trascendencia tanto desde la tipicidad como de la penalidad así como, en su caso, de

---

penal de los derechos de los Trabajadores, Jueces para la Democracia y Universidad de Santiago de Compostela, 1985, quien recogiendo unas reflexiones de HASSEMER sobre el carácter simbólico del Derecho Penal, calificaba los preceptos penales de protección del trabajo como preceptos «ad exhibendum», indicando que «la verdadera incidencia de estos preceptos es la de la neutralización de la dinámica social que deriva del juicio de reproche social de los sectores huérfanos de incidencia en la producción legislativa, por eso (estos) tipos penales (calificados ad exhibendum) florecen en los cuerpos legales autoritarios, siempre portadores de preceptos accesorios paternalistas, "compensadores" de la indefensión forzosa que imponen a la dinámica social (...)», añadiendo este autor, que «los tipos penales que, sin otro objetivo jurídico ni misión político-criminal, quedan reducidos a ser portadores de una función ad exhibendum, pretenden tan solo, o alcanzan tan sólo, el objetivo de disuasión, para las eventuales futuras víctimas, y no para los autores. (...) Por ello, podemos llamar a estos tipos, peyorativamente, ad exhibendum, por cuanto constituyen una simple fórmula de presentación y cobertura que permitirá la permanencia, impune en la práctica, de los comportamientos mismos que describen (...)».

[18] Recuérdese que el art. 6.6 del RDLRT 17/1977 prevé que los trabajadores «podrán efectuar publicidad de la huelga, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna». Ello implica, como recuerdan GARCÍA VIÑA, J. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J, el derecho a «difundir y a hacer publicidad de la misma» (STC 332/1994, de 19 de diciembre —La Ley 13088/1994—, FJ 6.º); «proyección exterior de la misma» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 11.º); «el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal en acciones conjuntas dirigidas a tal fin» (STC 254/1988, de 21 de diciembre —La Ley 2638/1988—, FJ 5.º); o «recabar la solidaridad de terceros» (STC 123/1983, de 16 de diciembre —La Ley 43223-NS/0000—, FJ 4.º). Ahora bien, en cualquier caso se ha de tratar de una publicidad pacífica —tal como exige la norma—, sin que en modo alguno pueda incurrirse en coacciones, intimidaciones, amenazas ni actos de violencia de ninguna clase (STC 137/1997, de 21 de julio —La Ley 9285/1997—, FJ 3.º), y respetándose la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga (STC 2/1982, de 29 de enero —La Ley 16/1982—, FJ 5.º) y ATC 158/1994, de 9 de mayo (FJ 3.º), libertad que les reconoce expresamente el art. 6.4 RDL 17/1977. GARCÍA VIÑA, J./BARCELÓ FERNÁNDEZ, La responsabilidad civil de los sindicatos por los daños ocasionados durante la huelga, Actualidad Laboral, 9, Sección Estudios, septiembre 2013.

[19] Expresadas también por PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco, actual Presidente del Tribunal Constitucional, cuando en el año 1985 siendo Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de Valencia, en la misma plaza que yo había ocupado años antes, publicó un trabajo muy crítico en contra la penalización de los piquetes laborales que entonces se encontraba en el art. 496.2 y 3 CP introducido por la Ley 32/1976, de 19 de julio, tachando dicho de precepto de inconstitucional por afectar al principio de igualdad y al propio derecho de huelga. Véase su excelente estudio El régimen jurídico de los piquetes de huelga, Revista española de Derecho del Trabajo, 22, abril/junio 1985.

las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y de la regulación de la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos desde la perspectiva del «exceso» o «abuso» del legítimo derecho de huelga.

II. DERECHO DE HUELGA Y LIBERTAD DE TRABAJO: ASPECTOS JURÍDICOS

El delito de coacciones laborales según algunas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales protege el bien jurídico de la «libertad de trabajo»[20] o el derecho al trabajo de los trabajadores no huelguistas. El Título XV del Libro II del CP, que se refiere a los delitos contra los derechos de los trabajadores, puede dar fundamento a esta afirmación.

Sin embargo, la cuestión no es tan clara.

El Título XV del Libro II del CP, efectivamente, bajo el epígrafe «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» comprende los arts. 311 a 318 CP y todos los delitos allí recogidos afectan a los derechos de los trabajadores, pero ¿pueden considerarse que todos esos derechos responden a la misma relación de trabajo o, más correctamente, tienen proyección sobre las diferentes relaciones de trabajo, es decir, la individual, la colectiva y la de la seguridad social?

La perspectiva así planteada, desde la propia estructura dogmática iuslaboralista de los derechos de los trabajadores, dota de otro significado a estos delitos cuando nos referimos genéricamente a delitos contra los derechos de los trabajadores, obligando a una subclasificación según la relación de trabajo que contemplen.

En efecto, observamos cómo se protege la relación individual de trabajo (y la de la seguridad social)[21] en los siguientes artículos: el art. 311 CP contempla el supuesto de imposición de condiciones legales de trabajo, el art. 312 CP se refiere al tráfico ilegal de mano de obra, el art. 313 CP castiga la inmigración clandestina de trabajadores a España

[20] El art. 6.4 del RDLRT 11/1977 señala: «Se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga». La inicial STS, Sala 2.ª, de 22 de mayo de 1986 (MONTERO) entiende que el bien jurídico protegido en el delito de coacciones laborales del entonces art. 496.2.ª y 3.ª CP (hoy art. 315.3.º CP), no es el derecho de huelga sino el derecho a no hacer la huelga. La STS, Sala 2.ª, 362/1999, de 1 de marzo, si bien aplica el art. 172 CP (delito común de coacciones) y no el específico de coacciones laborales del art. 315.3 CP, al entender que no estaba acreditada la actuación en grupo, insiste en la tesis de la sentencia de 1986 al expresar que en este tipo delictivo el conflicto se presenta entre el derecho de huelga y el derecho a no hacer huelga, con cita de la STC 254/1988, de 21 de diciembre.

[21] Cuya protección hay que completar con los delitos contra la Seguridad Social tipificados en los arts. 307, 307 bis y 307 ter CP, según la última reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre. Véase mi estudio «Los delitos contra la Seguridad Social...», citado.

u otro país de la Unión Europea, el art. 314 pena la discriminación laboral y el art. 316 CP sanciona los riesgos laborales.

Por otra parte, es evidente que la protección de la relación colectiva de trabajo, donde se comprende la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva, esta última como expresión de la libertad sindical, se encuentra en el art. 315 CP[22]. Es decir, el art. 315 no protege los derechos de los trabajadores en su relación individual de trabajo sino en su relación colectiva de trabajo.

Esta diferencia es sustancial, dado que el bien jurídico protegido no puede ser la libertad individual del trabajador no huelguista, que no está comprendida en la relación colectiva de trabajo ya que esa libertad individual estaría incluida en la relación individual de trabajo, sino el correcto ejercicio del derecho de huelga en su dimensión activa, que comprende su labor difusora o expansiva pero que también prohíbe su ejercicio abusivo o coactivo, obligando a otros trabajadores a sumarse a una huelga no querida por ellos.

Es decir, no se protege tanto la libertad individual de trabajo de los trabajadores no huelguistas cuanto el derecho de huelga, en cuando derecho del trabajador no huelguista a no sumarse a la huelga.

Podría pensarse que estamos hablando de lo mismo, libertad individual al trabajo del trabajador no huelguista y derecho del trabajador no huelguista a no sumarse a la huelga, serían conceptos idénticos.

Pero no es así.

El primero, se inserta en la relación individual de trabajo. El segundo, en la relación colectiva de trabajo. Si mantenemos que el art. 315 CP sólo protege la relación colectiva de trabajo tiene más congruencia el concepto que postulamos en relación con el delito de coacciones laborales y tendrá efectos interpretativos diferentes según entendamos que se protege la relación individual de trabajo o la colectiva, ya que sistemáticamente no son las mismas relaciones de trabajo.

Por lo pronto, el análisis de la conducta típica tendrá que integrarse en la relación

[22] Recuérdese que el art. 315.1 CP actual procede del art. 177 bis CP, TR de 1973, introducido por la reforma operada por LO 8/1983, de 25 de junio, dentro del Título II, dedicado a los delitos contra la seguridad interior del Estado.

colectiva de trabajo, es decir, tendrá necesariamente una dimensión colectiva[23], lo que debe ser tenido en cuenta en orden a la respuesta punitiva y al alcance de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de los sujetos activos.

De hecho, el tipo penal exige que el comportamiento sea en grupo o individualmente pero de acuerdo con otros (art. 315.3 CP).

No puede sancionarse esta conducta, según viene defendiendo erróneamente la doctrina y la jurisprudencia, como un tipo de coacciones específicas, que tiene su presupuesto en una conducta individual sino como un tipo de coacciones que tienen su basamento en una conducta colectiva, como es el ejercicio abusivo del derecho fundamental de huelga frente a trabajadores no huelguistas.

Esto es, frente a trabajadores que no se suman al ejercicio de este derecho fundamental más que frente a trabajadores que se amparan en un pretendido derecho a la libertad de trabajo, que no existe desde el planteamiento expuesto y que no tiene justificación en el derecho al trabajo proclamado en el art. 35 CE, el cual va unido al deber al trabajo y se inserta dentro de la Sección 2.ª «De los derechos y deberes de los ciudadanos», del Capítulo II «Derechos y libertades», del Título I «De los derechos y deberes fundamentales» de la CE, la cual no tiene la protección privilegiada establecida en el art. 53.2 CE.

El derecho al trabajo no puede sustentar como bien jurídico protegido la conducta típica del art. 315.3 CE porque ese derecho en todo caso afecta a la relación individual de trabajo y no deja de ser un derecho de segundo grado, sin la fuerza del derecho fundamental que viene protegido por el cauce del art. 53.2 CE, en el que sí está el derecho fundamental a la huelga del art. 28.2 CE.

Insistimos, el bien jurídico protegido en el art. 315 CP, en todos sus apartados, es el derecho fundamental de libertad sindical y de huelga, no el derecho o la libertad de trabajo porque el art. 315 CP protege la relación colectiva de trabajo mientras que los otros artículos del Título XV del Libro II CP (arts. 311 a 314 y 316 a 318 CP) protegen la relación individual de trabajo y, en cierta faceta, la relación de seguridad social.

[23] En el mismo sentido, BAYLOS, Antonio, quién expresa la existencia de una propuesta de reforma legislativa elaborada por el mismo y TERRADILLOS, Juan, que se hizo llegar al GP IU para introducirla como enmienda a la reforma del CP, pero que no prosperó. Ver blog de Antonio BAYLOS, La criminalización de los piquetes de huelga: el caso Extruperfil, en Sevilla, sábado 1 de diciembre de 2007. Ambos catedráticos, BAYLOS de Derecho del Trabajo y TERRADILLOS de Derecho Penal son autores del libro Derecho penal del trabajo, Madrid, Ed. Trotta, 1990.

Despejada esta cuestión a favor del derecho fundamental de huelga del art. 28.2 CE, es necesario hacer las siguientes precisiones.

El carácter de derecho fundamental de la huelga comporta en nuestro ordenamiento constitucional, desde el punto de vista de su protección, la exigencia de que su regulación debe realizarse necesariamente por Ley Orgánica (art. 81.2 CE)[24] y un mecanismo tutelar privilegiado como es el establecido en el art. 53.2 CE.

Estas connotaciones de la huelga en cuanto suponga el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, que tiende a contrarrestar la desigualdad estructural entre trabajadores y empresarios[25], no habrá que perderlas de vista, ya que, como veremos a continuación, el derecho de huelga goza de un sistema de protección que abarca tanto aspectos laborales como penales.

En el seno de los aspectos penales, el derecho de huelga debe ser contemplado como un bien jurídico protegido y, por consiguiente, se impondrá el estudio de todas aquellas conductas que lo lesionan, tanto por un efecto limitativo o impeditivo de su ejercicio como debido a un antijurídico uso del derecho de aquellos que tienen su titularidad jurídica. En todo caso, debe concluirse que tanto unas conductas como las otras suponen una lesión al ejercicio legítimo del derecho de huelga y en ningún caso a cualquier otro derecho y que, precisamente, por ello, deben ser sancionadas, en su expresión más grave, en el ámbito del Derecho Penal[26].

---

[24] Sólo conocemos el intento de esta regulación realizado por el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y Medidas de Conflicto Colectivo, publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, 1 de junio de 1992, núm. 87-1, posteriormente caducado (5 de abril de 1993).

[25] Como recordaba en 1988 ARROYO ZAPATERO, Luis, Manual de Derecho penal del trabajo, Ed. Praxis, p. 186, «En este sentido y frente a un "modelo normativo laboral o contractual" en el que la huelga queda reducida al campo de la negociación colectiva de condiciones de trabajo, como instrumento de presión encaminado meramente a potenciar la posición contractual de los trabajadores, la doctrina laboral posterior a la Constitución resalta mayoritariamente una función "polivalente" —en términos de MARTÍN VALVERDE— del derecho de huelga, por la que a la función contractual mencionada se le suma una dimensión política general, en la que la huelga, al ser un instrumento de gran eficacia en la promoción colectiva de los grupos sociales situados en la estructura social en una posición dependiente y en la lucha contra los privilegios y las desigualdades sociales, sirve a la consecución de la igualdad sustancial de los ciudadanos, es decir, a una de las funciones esenciales y diferenciales del Estado social y democrático de Derecho, tal y como establece el núm. 2 del art. 9 de la Constitución (...) La huelga aparece así no como un ataque al sistema institucional, sino como un contrapeso necesario frente a los condicionamientos fácticos que dificultan a los poderes públicos la realización de la libertad y la igualdad (SALA). Las consecuencias de esta nueva dimensión del derecho de huelga se plasman directamente (...) tanto en la valoración y delimitación del tipo delictivo de la huelga, como en el tipo de coacciones laborales de los párrafos 2.º y 3.º del art. 496».

[26] En contra, la STS, Sala 2.ª, de 22 de mayo de 1986 (Montero) que entiende que el bien jurídico protegido en el delito de coacciones laborales del art. 496.2.ª y 3.ª del CP, no es el derecho de huelga sino el derecho a no hacer la huelga.

Es cierto que en muchas ocasiones se alega que la huelga afecta a otros derechos fundamentales y que, por consiguiente, su ejercicio los lesiona. Ahora bien, nosotros entendemos que en la ponderación que debe realizarse cuando entran en conflicto dos derechos constitucionales, el art. 28.2 CE por lo que respecta a la huelga resuelve esta problemática a favor del ejercicio del derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses en el marco de la regulación legal que establezca las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad[27].

Es decir, la clave de la resolución del conflicto entre la huelga y otros derechos y libertades constitucionales se encuentra en la delimitación de los que sean los servicios esenciales de la comunidad y sus garantías, de manera que éstos no lleguen a ser tan amplios que desvirtúen el propio derecho de huelga ni tan restrictivos que los dejen sin contenido hipervalorando el derecho de huelga frente a otros derechos fundamentales y libertades públicas que se manifiestan a través de esos servicios esenciales de la comunidad (vida, salud, seguridad, libertad...).

En definitiva, podría decirse que cuando la huelga invade servicios esenciales de la comunidad provocando su paralización estamos en presencia de un ejercicio ilegítimo de este derecho y, por ello, no susceptible de protección e incluso sancionable, laboral o penalmente; pero cuando el ejercicio es legítimo, el derecho de huelga debe ser protegido y sancionadas todas aquellas conductas que lo lesionen, también laboral o penalmente.

El mismo razonamiento es aplicable al llamado delito de coacciones laborales del art. 315.3 CP, resaltando que los piquetes o comités de huelga, previstos en el art. 6.6 RDLRT 17/1977, como ya se ha dicho, forman parte del contenido esencial del derecho de huelga y, como recuerdan GARCÍA VIÑA y BARCELÓ FERNÁNDEZ[28], el TC ha utilizado un concepto muy expansivo de las funciones de los piquetes al determinar que

> … tal facultad abarca no sólo la publicidad del hecho mismo de la huelga, como se ha argumentado, sino también de sus circunstancias o de los obstáculos que se oponen a su desarrollo, a los efectos de exponer la propia postura, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición [STC 120/1983, de 15 de diciembre (La Ley 234-TC/1984) (FJ 4.º)].

[27] Recuérdese que el art. 10.2 del RDLRT 17/1977 dispone: «Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas».

[28] GARCÍA VIÑA, J./BARCELÓ FERNÁNDEZ, Actualidad Laboral, 9, septiembre 2013.

Por tanto, la actividad del llamado piquete de huelguistas con sus funciones de información, propaganda, persuasión a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga o disuasión a los que han optado por continuar el trabajo, integra pues el contenido del derecho reconocido en el art. 28.2 CE (STC 137/1997, de 21 de julio (La Ley 9285/1997) (FJ 3.º).

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS HISTÓRICOS: DE LA PENALIZACIÓN ABSOLUTA DEL DERECHO DE HUELGA A SU PENALIZACIÓN RELATIVA

El legislador liberal y neoliberal capitalista siempre ha visto con malos ojos a los trabajadores, primero, penalizando cualquier expresión colectiva de sus derechos (libertad sindical, derecho de huelga, negociación colectiva) considerándola delitos graves[29], y ahora, no siendo coherente con la protección constitucional de estos derechos consagrada en el art. 28.2 CE, al mantener una penalización relativa del derecho de huelga mediante el delito de coacciones laborales del art. 315.3 CP.

Los primeros Códigos penales liberales ni siquiera se plantearon el problema. Entonces, a principios del siglo XIX, se vivía en una sociedad agraria, donde el modo de producción medieval, basado en relaciones feudales más que las derivadas del modo de producción capitalista, que nace con la Revolución industrial, era el imperante.

No ofrece duda la escasa y tardía recepción en España de la Revolución Industrial y Burguesa, durante finales del siglo XIX y principios del XX, a la vista de los tiempos en que emergía en Inglaterra en el siglo XVIII, cuna de esta Revolución y se extendía por Europa[30].

[29] En todos los CP de las Dictaduras habidas en nuestro país (Dictadura de Primo de Rivera y Dictadura de Franco), se castigaban penalmente estas conductas hasta la Constitución de 1978. Véase LÓPEZ DE BARJA DE QUIROGA, Jacobo/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias, Ed. Akal, 1988, 1431 p., que abarca literalmente los textos originales de los CP de 1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932 y 1944. En el índice analítico de concordancias de esta obra, se informa con la reseña «De las huelgas y paros patronales» como conductas delictivas en los CP de 1928 (Dictadura de Primo de Rivera) en los arts. 290, 291, 312, 317, 457 a 460, 667, 680 Y 754, y en el CP de 1944 (Dictadura de Franco) en los arts. 222 y 223.

[30] Por todos, VICENS VIVES, J., Historia económica de España, 8.ª ed., Barcelona, Ed. Vicens Vives, 1985, en su p. 552 dice, refiriéndose a la España de 1808 a 1876: «El choque entre los distintos grupos de intereses era, por lo demás, inevitable, como lo fue en toda Europa a consecuencia del cambio de estructura económica implicado por el impacto de la Revolución industrial. A la Europa feudal y señorial, sucede la Europa fabril; a la Europa de los príncipes y jerarcas, la del burgués y la del obrero. El desplazamiento del eje de gravedad del cuerpo social se tradujo en un fenómeno político: la revolución burguesa. Ahora bien, en España la debilidad del cambio estructural produjo el fracaso de dicha revolución burguesa».

Pero, lo bien cierto es que los primeros Códigos Penales liberales, de 1820 a 1870, carecían del sustrato sociológico de las consecuencias de la Revolución Industrial, de las lacras del modo de producción capitalista y de la exteriorización más lacerante de la lucha de clases, que situaba a la clase obrera en la miseria a pesar de la proclamación formal de las libertades burguesas que hizo la Revolución Francesa en 1789, que encubría la explotación de los obreros por el capital, el cual sólo le preocupaba y le preocupa la plusvalía.

Así las cosas, los primeros CP liberales no tenían la preocupación de controlar este fenómeno conflictivo bien por su inexistencia bien por su escasa incidencia social. La represión del propio sistema social, vía corrupción política y caciquismo[31], era suficiente ante un movimiento obrero en ciernes que empezaba a estructurarse y que dado su carácter incipiente tenía una articulación muy débil entre los propios obreros y una incidencia anecdótica en la sociedad, que sólo acusaba su expresión en las manifestaciones más violentas del anarcosindicalismo, las cuales eran reprimidas no como exteriorización de la conflictividad laboral sino como expresión de la lucha política[32].

El Código Penal de 1870 castigaba en su art. 556 a los que se coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones siempre que la coligación hubiese comenzado a ejecutarse, con la pena de arresto mayor, la cual se impondría en su grado máximo a los jefes y promovedores de la coligación y a los que para asegurar su éxito emplearen violencia o amenaza, a no ser que por ellas merecieren mayor pena[33].

La Circular de 20 de junio de 1902 fue dictada por la fiscalía del Tribunal Supremo para la recta inteligencia del at. 556 CP, referente a huelgas y coligaciones, y

[31] Véase COSTA, Joaquín, Oligarquía y caciquismo como forma actual de gobierno en España: Urgencia y modo de cambiarla, Memoria de Sección sometida a debate en el Ateneo Científico y Literario de Madrid, Madrid, marzo 1901, Establecimiento Tipográfico de Fortanet, 1910. Sobre algunos aspectos de la corrupción política y el delito de tráfico de influencias, véase mi libro El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (Una visión jurisprudencial crítica), Madrid, Ed. La Ley, 2014.

[32] Por todos, TUÑON DE LARA, El movimiento obrero en la Historia de España, Madrid, Ed. Taurus, 1972, 964 p.

[33] Véase VIADA Y VILASECA, Salvador, Código penal reformado de 1870, Madrid, 1890, Tomo III, quien al comentar este delito dentro de los delitos sobre las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, afirmaba que concuerda este precepto con el art. 461 del CP 1850 y dice: «El objeto principal de este artículo no es otro que el de proteger y garantir convenientemente la libertad de trabajo. Véase lo que decía el Ponente de la comisión de Códigos en el Cuerpo legislativo francés al tratar de la disposición de los arts. 414, 415 y 416, en un todo concordantes» (refiere la idea liberal de que la coligación altera la libertad contractual individual).

declaró que no es delito definido en dicho Cuerpo legal, la coligación y la huelga con el fin de obtener ventajas en las condiciones de trabajo y en la cuantía de la remuneración[34].

La Ley de 27 de abril de 1909 reguló el derecho de los patronos y obreros a coligarse, declararse en huelga y acordar paro para los efectos de sus respectivos intereses, en la forma y condiciones que se expresan, derogando en su art. II el art. 556 CP de 1870. Esta Ley conocida como Ley de Huelgas configuró el delito contra la libertad de trabajo en su art. 2.º, castigando con la pena de arresto mayor a los que para formar, mantener o impedir las coligaciones patronales u obreras, huelgas de los obreros o paros de los patronos, empleares violencia o amenaza, o ejercieren coacciones bastantes para compeler o forzar el ánimo de los obreros o patronos en el ejercicio libre y legal de su industria o trabajo, siempre que el hecho no constituya delito más grave (la pena del delito de coacciones era de arresto mayor y multa). Para el caso de jefes o promotores que, además, hubieren tomado parte en los actos delictivos, se aplicaba la pena en su grado máximo[35].

Con la Dictadura de Primo de Rivera, el CP de 1928 en su art. 290 calificaba de delito de sedición las huelgas de los obreros cuando

> … por su extensión y finalidad, no puedan ser calificadas de [...] huelgas encaminad[o]s a obtener ventajas puramente económicas en [...] el trabajo [...], sino que tiendan a combatir los Poderes públicos o a realizar cualesquiera clase de actos comprendidos en los delitos de rebelión o en el artículo anterior.

Como recordaba PÉREZ DE LOS COBOS[36]:

> el delito de «piquetes de huelguistas» no se introdujo, expresamente, hasta el Código Penal de 1928, que en su art. 667 establecía: «Los que para formar, mantener o impedir coligaciones patronales u obreras, las huelgas de obreros o los paros de patronos, o con ocasión de unas u otros, emplearen la violencia, fuerza o intimidación para forzar el ánimo de obreros o patronos en el ejercicio legítimo y libre de su trabajo o industria, o les obligaren a realizar actos favorables o contrarios a la huelga, les vedaren su misión en fábricas, o la residencia en determinadas poblaciones, o de otro modo contraríen su libre elección y voluntad, serán castigados con la pena de tres meses a un año de prisión y multa de mil a dos mil quinientas pesetas, siempre que el hecho no constituya delito más grave según este Código». Tampoco el Código del 28 imponía a los piquetes coactivos pena más grave que la de las coacciones genéricas, siendo la pena en cuestión la correspondiente a éstas pero en su grado mínimo. Desde la derogación del Código penal del 28 hasta la Ley 23/1976, de 19 de julio, que vino a penar de forma agravada las coacciones cometidas por piquetes de trabajadores, éstas eran penadas como unas coacción genéricas (SSTS, Sala 2.ª, de

[34] La Circular fue firmada por el fiscal del TS, D. Trinitario Ruiz Valarino. Véase su biografía y reseña de la Circular en mi libro La Fiscalía desde sus élites (1883-2011), ed. electrónica Amazon, 2012, pp. 123 ss.
[35] Véase DE QUIRÓS, Bernaldo, Huelga, en: Enciclopedia Jurídica Española, Tomo 18, Barcelona, Francisco Seix, editor, 1910, pp. 367 ss.
[36] PÉREZ DE LOS COBOS, El régimen jurídico de los piquetes de huelga, Revista española de Derecho del Trabajo, 22, abril/junio 1985, p. 243.

6 de febrero de 1973 y de 20 de noviembre de 1973), quedando muchas veces este delito sin ser penalizados por falta de pruebas.

En la II República, el CP de 1932, suprimió la consideración de las huelgas como delito de sedición en sus arts. 245 a 251.

El CP de 1944 de la Dictadura de Franco fue el más represivo con las huelgas, ya que el art. 222.3.º castigaba como delito de sedición *las huelgas de los obreros,* sin mayor precisión, separándose del CP de 1928.

Esta tipificación penal persistió hasta el CP de 1995, ya que el art. 222.2 CP inmediatamente anterior al de 1995 (TR aprobado por Decreto de 14 de septiembre de 1973) consideraba como reos de sedición a «los patronos y obreros que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, o perturbar su normal actividad, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo»

Como se ha indicado *supra,* la Ley 23/1976, de 19 de julio, modificó el CP de 1973 introduciendo mediante el art. 496.2 y 3 CP el delito de coacciones laborales, precedente del actual art. 315.3 CP, vigente desde la aprobación del llamado de «Código Penal de la Democracia» por LO 10/1995, de 23 de noviembre.

IV. HUELGA Y COACCIÓN LABORAL: CONTENIDO Y LÍMITES

El derecho fundamental y constitucional de huelga consagrado en el art. 28.2 CE tiene la paradoja de ser regulado por una norma preconstitucional, como es el Real Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo[37], dado el fracaso de los intentos legislativos por dictar una Ley Orgánica de Huelga, como el caducado Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y Medidas de Conflicto Colectivo de 1992, ya citado y al que haremos referencia en estas líneas[38].

[37] BOE 58/1977, de 9 de marzo, cuya última reforma fue la realizada por LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El art. 11 letra b) relativo a huelgas ilegales fue modificado por Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 abril, anulando la expresión «directamente», quedando su redacción en los siguientes términos: la huelga es ilegal (...) «b) Cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan». También, la referida sentencia anuló la letra b del art. 25 relativo al conflicto colectivo, que decía: «Si el conflicto se planteara para modificar las condiciones de trabajo, la Autoridad laboral dictará laudo de obligado cumplimiento, resolviendo sobre todas las cuestiones planteadas».

[38] Véase BOCG IV Legislatura Serie A de 1 de junio de 1992, núm. 87-1. Este proyecto de ley fue precedido de una intensa negociación entre el gobierno del PSOE y los sindicatos (diario El País, 10 de noviembre de 1992, titulaba la noticia así: «Gobierno y sindicatos pactan la ley de huelga).

Ahora bien, esa norma del año 1977 fue interpretada por la STC 11/1981, de 8 de abril[39], de forma que la misma forma parte integrante del marco de referencia inexcusable para conocer la regulación jurídica del derecho de huelga en España, además de otras sentencias del Tribunal Constitucional, de las que destacaremos a efectos de este análisis la más reciente núm. 104/2011, de 20 de junio[40].

Así las cosas, sólo destacaremos dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el derecho de huelga, que consideramos importantes.

El primero, en la STC 11/1981, se dice que nadie puede poner en cuestión que el derecho de huelga, proclamado en el art. 28.2 CE legitima

> … medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes y entre los que cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos.

Y el segundo, viene contenido en la STC 104/2011, al otorgar el amparo a la trabajadora miembro del comité de huelga, condenada por un delito de desobediencia, afirma:

> … cuando una conducta constituya, inequívocamente, un acto ajustado al ejercicio regular del derecho fundamental [en este caso, el derecho de huelga], respondiendo por su contenido, finalidad o medios empleados a las posibilidades de actuación o resistencia que el derecho otorga, no resultará constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal (en este sentido, SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5.º o 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3.º).

Es cierto que también se han expresado los límites del derecho de huelga cuando su ejercicio ha sido abusivo y, sobre todo, cuando afecta a los servicios esenciales de la comunidad (*v. gr.* SSTC 183/2006, de 19 de junio; 184/2006, de 19 de junio; 193/2006, de 19 de junio y 310/2006, de 23 de octubre, 26/1981, de 17 de julio, 43/1990, de 15 de marzo, entre otras)[41].

Entre los límites del derecho de huelga, el TS y el TC han extendido los mismos más allá del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad comprendiendo

---

[39] Ponente Luis Diez Picazo. Para un comentario-resumen del contenido de esta sentencia véase SANTAMARÍA, José Alfonso, en: GARRIDO FALLA (coord.), Comentarios a la Constitución, Civitas, 1985, pp. 583 ss.

[40] Esta sentencia contó con los votos particulares contrarios de los magistrados Rodríguez Arribas, Pérez de los Cobos y Hernando, otorgándose el amparo gracias al voto de calidad del Presidente de la Sala Eugenio Gay Montalvo, lo que pone de manifiesto la controversia jurídica durante su deliberación y fallo, al dejar sin efecto una condena penal por delito de desobediencia a una trabajadora miembro del comité de huelga, por entender que sus actuaciones estaban dentro del «ejercicio regular del derecho de huelga». Una fuerte crítica a la sentencia en Derecho de huelga y legalidad penal, en: 2012. Práctica laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos, Madrid, Ed. La Ley, junio 2012.

[41] Véase MONTOYA MELGAR, Alfredo, Los límites del derecho de huelga: presente y futuro, 2013.

la imposibilidad de ejercer coacciones sobre terceros «porque ello afecta a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad de trabajar o la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral» (STC 137/1997, de 21 de julio).

Desde la casuística, salvo error u omisión, no hemos encontrado ninguna sentencia del TS que confirme una condena por el delito de coacciones laborales del art. 315.3 CP[42], pero si se ha apreciado infracción penal (delito de coacciones del art. 172 CP o falta de coacciones leves del art. 585.4.º CP) en los siguientes casos[43]:

- Cuando se emplea un punzón para forzar a un camionero a secundar una huelga y, ante la negativa de éste, se pinchan dos ruedas de su camión, se aplicó el art. 172 CP como delito de coacciones (STS, Sala 2.ª, 362/1999, de 11 de marzo).
- Impedir la entrada en la fábrica de directivos, trabajadores de empresas contratistas o a los designados para atender los servicios mínimos, y amenazar a los que estaban en su puesto de trabajo para que lo abandonaran. Se condenó por falta de coacciones leves del art. 585.4.º CP (STC 137/1997, de 21 de julio).
- Golpear y amenazar a un trabajador para eliminar de hecho su libertad de trabajo (STC 137/1997, de 21 de julio —falta de coacciones—).
- Agredir e insultar al personal de seguridad y causar incendios y daños en las instalaciones de la empresa (STC 137/1997, de 21 de julio —falta de coacciones—).
- Interceptar y golpear el vehículo que trasladaba a los trabajadores, insultando a sus ocupantes (STC 137/1997, de 21 de julio —falta de coacciones—).
- Obstaculizar e impedir a clientes y trabajadores el libre acceso a la empresa, profiriendo palabras injuriosas e insultantes contra quienes no secundaban la huelga (STC 137/1997, de 21 de julio —falta de coacciones—).

Conforme hemos indicado *supra,* estimamos que la fuerza expansiva del derecho fundamental de huelga obliga a ser restrictivos en el castigo de ciertas conductas de los

[42] En el mismo sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., en: Comentario al Código Penal, Ed. La Ley, 2010, p. 727 dice: «No se conoce una sola sentencia que haya castigado la coacción de los trabajadores en huelga en perjuicio de los que optan por trabajar». Consultados los comentarios al Código Penal de diversos autores (RODRÍGUEZ RAMOS *et alius*, La Ley; SÁNCHEZ MELGAR *et alius*, Comares; CLIMENT DURAN, Tirant lo Blanch; SAAVEDRA *et alius*, El Derecho; GÓMEZ TOMILLO *et alius*, Lex Nova) no se recoge ninguna sentencia del TS que confirme una condena por este delito del art. 315.3 CP.

[43] Extraídos de CLIMENT DURÁN, Carlos, Código Penal. Jurisprudencia sistematizada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

piquetes o miembros del comité de huelga, en extensión de este derecho, frente a los trabajadores no huelguistas, ya que el bien jurídico protegido debe ser no la libertad de trabajo sino el regular o correcto ejercicio del derecho de huelga, en el que no cabrían conductas coactivas, si bien de cometerse estas su castigo no debería constituir un delito de coacciones específicas más gravemente penado como actualmente se recoge en el art. 315.2 CP sino ser reconducido al tipo común del delito de amenazas o coacciones de los arts. 169 a 172 CP o una falta de coacciones leves del art. 620.2 CP, como de hecho contemplan los casos referidos anteriormente.

En nuestro estudio de 1992 «Aspectos penales del derecho de huelga ante el cambio normativo», ya citado, sobre el delito de coacciones laborales entonces tipificado en el art. 496.2 y 3 CP, redactado conforme a la Ley 23/1976, de 19 de julio, recordábamos con nuestra mejor doctrina que se pretendía castigar los excesos de los piquetes y no los piquetes en sí mismo considerados. Discrepábamos de la tesis del TS expresada en su STS, Sala 2.ª, de 22 de mayo de 1986 según la cual con este delito de coacciones laborales se protegía «la libertad de trabajo», recordando que el art. 6.5 RDLRT y el art. 8.10 LISOS prohíben que se contraten a trabajadores externos a la empresa para suplir las labores de los que se hallen en huelga mientras dure ésta.

La jurisprudencia laboral ha interpretado que no se impide que la sustitución se realice lícitamente por los trabajadores de la plantilla que, en uso de su libertad de trabajo, no se suman a la huelga y que acepten cubrir los puestos de trabajo de los huelguistas con independencia de cuál sea su categoría profesional (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de diciembre de 1988). No obstante, la doctrina manifiesta que por esta vía, utilizando incorrectamente la invocación de «libertad de trabajo» —fórmula que sólo puede referirse a los compromisos consagrados en los arts. 35 y 40.1 CE— se está protegiendo un derecho a no participar en la huelga con carácter preferente al derecho fundamental reconocido en el art. 28 CE.

La STC de 28 de septiembre de 1992 declaró ilícita la medida de un empresario de sustituir a los trabajadores en huelga por otros de la misma empresa de diferente categoría que no la secundan afirmando en su fundamento jurídico quinto que la preeminencia del derecho de huelga «produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial», como sucede con la potestad directiva del empresario en orden a la

movilidad del personal, considerándose ilícita la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la misma empresa de nivel profesional superior.

También, en esta materia resulta muy importante la STC 254/1988, de 21 de diciembre, en la que se analiza la relación existente entre el derecho de huelga y el límite que establecía entonces el delito de coacciones laborales establecido en el art. 496 CP, hoy en el art. 315.3 CP, partiendo correctamente de la premisa de que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la esencia de tales derechos.

Sobre esta base se establece que no puede considerarse delito de coacciones una «intimidación moral» sobre el empresario, porque,

> … en la medida en que [se] considera indiferente el carácter de los medios utilizados por el autor, conduciría de hecho a una incriminación de toda coacción –y por consiguiente– también a la criminalización de toda huelga, en tanto medida de fuerza por la vía del art. 496 CP.

Conclusión inaceptable, porque la ley penal no puede vaciar de contenido un derecho fundamental. En la misma línea, se añade que

> [e]l ejercicio abusivo del derecho de huelga no puede identificarse con la participación en grupos de huelguistas, y tampoco la mera representación de los mismos es, de acuerdo con la ley, motivo suficiente para ser responsabilizado por el delito de coacciones cometido por otros.

En efecto:

> Tales interpretaciones no tienen en cuenta que el derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 CE, implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin, sin que quepa admitir que el art. 496 CP hace responsables a quienes encabezan tales acciones de los excesos punibles que pueden cometer otras personas de un grupo.

En cuanto al bien jurídico protegido del delito de coacciones laborales del art. 315.3 CP ya hemos expuesto nuestra discrepancia de las tesis del TS sobre la libertad de trabajo inicialmente expuestas en la STS, Sala 2.ª, de 22 de mayo de 1986. En el año 1992, recordábamos que los autores destacaban que se emplea mayor energía penal en la protección del derecho a no participar en la huelga que la tutela del ejercicio del derecho de huelga, invirtiendo el orden valorativo impuesto en la Constitución, al comparar los arts. 177 bis y 496 CP entonces vigente. E incluso nos hacíamos eco de la

propuesta legislativa del Fiscal de Ciudad Real[44], recogida en la Memoria de la FGE de 1992[45], abogando por la igualdad punitiva de los tipos penales relativos al derecho de huelga porque se castigaba con más rigurosidad a quienes infringía un derecho inferior (la no participación en la huelga) que a quienes infringían un derecho superior (el propio derecho de huelga).

Precisando más el delito de coacciones laborales, hay que dejar reseñado que el sujeto activo requiere la actuación en grupo (STC 254/1988, de 21 de diciembre) y que el sujeto pasivo al configurarse con la denominación «otras personas» obliga a afirmar la existencia de un único delito aunque los sujetos pasivos sean varios y no la existencia de un concurso de delitos.

En cuanto a la conducta típica «coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga», la doctrina señala que la determinación de la entidad exigible a los medios coactivos ha de realizarse de acuerdo con las características del marco en que se emplean, el conflicto laboral, con lo que ello supone desde el punto de vista del reconocimiento constitucional de las facultades de autotutela colectiva.

Como criterios indicativos para esta valoración los tribunales han de ponderar el carácter individualizado o genérico del comportamiento violento o intimidante, el número de sujetos convocantes de la huelga, el grado de asunción por la plantilla de las reivindicaciones mantenidas, etc., teniendo también en cuenta la posible existencia de elementos «externos» que «expliquen» la presión intimidatoria o coactiva ejercida, como sucedería en los supuestos de una conducta antijurídica previa del empleador, o de provocaciones al piquete de huelga por parte de los no huelguistas o del empresario.

Aunque la jurisprudencia ha admitido con largueza como supuestos típicos en los que concurren daños y lesiones, así como violencia extrapersonales, la presión moral y la intimidación, la STS, Sala 2.ª, de 11 de junio de 1984 castigó como autores de una simple falta a los inculpados cuya conducta consistió esencialmente en a) impedir la salida de un autobús; b) recostándose algunos en la parte delantera del mismo; c) insultar y mofarse del conductor que no secundaba la huelga; d) que llamada la fuerza pública y detenidos los huelguistas pudo reanudarse el servicio de viajeros poco después. A juicio de la Sala, estas conductas no constituyen «violencia grave sobre el conductor, ya que la fuerza realmente se hizo sobre el vehículo».

[44] D. Olayo Eduardo González Soler, actualmente Fiscal Jefe del Tribunal de Cuentas.
[45] Correspondiente al año 1992, firmada por el FGE D. Eligio Hernández Gutiérrez, véase pp. 93 ss.

Según la jurisprudencia no pueden considerarse coactivas ni intimidatorias en sí mismo circunstancias tales como las del carácter masivo del piquete, ni su ubicación —normalmente a las puertas del establecimiento empresarial, pero también recorriendo las calles de la ciudad— ni el hecho de que lo integren trabajadores de otras empresas o de sectores productivos diferentes. Se trata de formas de expresión lícitas de las facultades inherentes al ejercicio del derecho de huelga.

Tampoco pueden, de entrada, calificarse de coacciones o intimidatorios los piquetes con fines de boicot o de reducción de clientes en un establecimiento, ni aquellas expresiones del piquete que implican la circulación por el interior de la empresa —conocidas como «serpientes»— o la ocupación de locales, siempre que no se vulnere la libertad de otras personas y no se cree una situación de notorio peligro para la vida, la integridad física o la seguridad de las instalaciones o los bienes (STC 11/1981, de 8 de abril y STS, Sala 6.ª, de 10 de marzo de 1982 y de 6 de julio de 1982).

Por otra parte, según la doctrina, la extralimitación en algunos supuestos puede convertir la huelga en abusiva y por tanto en un incumplimiento contractual grave, acreedor de la sanción de despido. En otros, puede justificar el ejercicio, por parte del empresario, del poder de policía mediante la ordenación del cierre patronal (art. 12 RDLRT). Pero, ni aún en esos casos, el mero hecho del ejercicio abusivo del derecho de huelga se transforma, como es obvio, en la conducta típica.

V. PARA UNA REFORMA PENAL SOBRE LOS PIQUETES LABORALES: REFLEXIONES

Como venimos exponiendo a lo largo de estas reflexiones, los piquetes laborales son expresión del derecho de huelga de los trabajadores, forman parte de su contenido esencial[46] y desde esta perspectiva jurídica su actuación viene protegida por los mismos preceptos penales que protegen el derecho de huelga, es decir, el art. 315.1 CP.

[46] No hay duda que los piquetes de huelga forman parte del contenido esencial del derecho de huelga. El art. 6.6 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977, ya citado, reconoce el derecho de los trabajadores huelguistas a efectuar publicidad de la huelga, lo que debe considerarse una manifestación de la libertad de reunión y expresión. Al requerir el derecho de huelga una adhesión colectiva lo más generalizada posible, las facultades de información, publicidad y extensión de las reivindicaciones actuadas a través de aquélla, constituyen también una faceta especial del derecho. La jurisprudencia constitucional ha precisado que el derecho de huelga comprende también «la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior; la negociación y la decisión de darla por terminada». Se entiende por publicidad «no sólo la del hecho mismo de la huelga, sino también de las circunstancias o de los obstáculos que se oponen a su desarrollo a los efectos de exponer la propia postura, recabar solidaridad de terceros o superar la oposición del empresario» (STC 120/1983, de 15 de diciembre y ATC de 13 de mayo de 1987).

Protección penal que viene dada al protegerse la relación colectiva de trabajo (libertad sindical y derecho de huelga).

Si esta es la perspectiva jurídica, es lógico pensar que cualquier actuación del piquete laboral, incluso aquellas que son abusivas y pudieran ser sancionables penalmente, no debe de perder de vista que su naturaleza es colectiva, es decir, es propia de una relación colectiva de trabajo, tiene una dimensión colectiva, la cual debe ser tenida en cuenta en orden tanto a la tipificación penal de la conducta abusiva como de su penalidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y responsabilidad civil.

En el régimen vigente, curiosamente el art. 315.3 CP tiene en cuenta la dimensión colectiva del piquete, al configurar el sujeto activo del delito de coacciones laborales como sujeto colectivo cuando castiga «a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros...» pero en orden a la penalidad en lugar de adecuarla a esa dimensión colectiva propia del contenido esencial del derecho de huelga, que determinaría una sanción proporcional al carácter de derecho fundamental de huelga en cuyo ejercicio se abusa, se penaliza más gravemente las coacciones realizadas en este contexto que las coacciones comunes u ordinarias del art. 172 CP (prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses), ya que se imponen penas de ese tipo penal superiores en grado, lo que supone prisión de tres años y un día a seis años[47] y multas de doce meses y un día a dieciocho meses.

Pensamos que la dimensión colectiva de la acción penal vinculada al ejercicio abusivo del derecho fundamental merece bien su sanción por la vía administrativa penalizando sólo los actos concretos lesivos de bienes jurídicos protegidos penalmente por los tipos comunes o una respuesta específica proporcional al derecho fundamental de huelga en cuyo ejercicio se abusa bien mediante una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal bien mediante penas no privativas de libertad como los trabajos en beneficio de la comunidad, quedando en todo caso la responsabilidad civil atribuida exclusivamente a las organizaciones sindicales convocantes de la huelga.

Veamos brevemente estas propuestas.

[47] Esta penalidad impide la suspensión ordinaria de la condena ex art. 80 CP, que sólo permite ésta cuando la pena privativa de libertad no supere los dos años.

1. Sanción administrativa y penalización por los tipos penales comunes de los actos lesivos de bienes protegidos penalmente

El ejercicio abusivo del derecho de huelga debería tener sólo sanción administrativa y no penal, en relación con el derecho de huelga en sí mismo considerado porque es este derecho el que se ve infringido con este ejercicio abusivo. El derecho de huelga implica su ejercicio regular (STC 104/2011), en consecuencia el ejercicio irregular del derecho de huelga afecta al mismo derecho, que es el protegido por la norma penal.

Recuérdese que el art. 6.1 RDLRT señala que «el ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral».

Las coacciones laborales también protegen el derecho de huelga pero al proceder de los mismos piquetes o comités de huelga, es decir, de los propios trabajadores, no pueden tener un trato punitivo igual al que se da para los que impiden o limitan el derecho de huelga que son ajenos a los trabajadores que, en definitiva, son los titulares del derecho de huelga, el cual se ha definido como un derecho individual de los trabajadores de ejercicio colectivo[48].

La igualdad de trato punitivo que se expresa en el art. 315.2 CP castigando igualmente tanto a los que impiden o limitan el derecho de huelga con fuerza, violencia o intimidación como a los huelguistas que ejerzan coacciones laborales a otras personas (trabajadores) para iniciar o continuar una huelga tiene un presupuesto falso constituido por la equiparación entre los que no son titulares del derecho de huelga y los titulares del derecho, que son los trabajadores.

Entendemos que no se puede castigar con las mismas penas a quién sin ser titular de un derecho fundamental trata de impedirlo o limitarlo que a quién siendo titular del derecho fundamental lo ejerce de forma abusiva.

Por ello, para concluir, nuestra propuesta es distinguir la respuesta ante esas dos conductas que tienen sujetos diferentes pero que afectan al mismo derecho fundamental. En caso de no titulares del derecho la protección penal debe mantenerse en los términos actuales del art. 315.1.º y 2.º CP. En caso, de titulares del derecho de huelga, es decir,

[48] STC 11/1981.

los trabajadores miembros del comité de huelga o piquetes, debería derogarse el art. 315.3.º CP, pasar la sanción de esa conducta al ámbito administrativo[49] (Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social) y castigar separadamente los actos lesivos a bienes jurídicos penalmente protegidos por los tipos comunes del Código Penal[50].

2. La relevancia penal del conflicto laboral como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal: la dimensión colectiva del conflicto

Con carácter alternativo a la anterior propuesta, podría pensarse en la relevancia penal del conflicto laboral expresado en el huelga en la motivación colectiva de la acción individual del trabajador miembro del piquete o comité de huelga que incida en conductas coactivas sobre otras personas para obligarlas a iniciar o continuar una huelga.

En efecto, esa motivación colectiva en ejercicio de un derecho debería integrar una atenuante bien propia o bien por analogía con otras como la prevista en el art. 21.7.º en relación con la núm. 1 del mismo precepto legal y la eximente del núm. 7 del art. 20 CP que contempla «el supuesto de exención de responsabilidad al que obre [...] en el ejercicio legítimo de un derecho [...]»[51].

El abuso en el ejercicio legítimo del derecho fundamental de huelga desproveería del carácter de eximente del núm. 7 del art. 20 CP para el acto realizado pero nada obsta a que se considere que puede integrar una eximente incompleta del núm. 1 del art. 21 y

[49] RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (BOE 189/2000, de 8 de agosto). Actualmente, no se recoge ninguna conducta de este tipo realizada por los trabajadores y sólo puede encauzarse en la relación individual de trabajo mediante un incumplimiento contractual grave determinante del despido disciplinario ex art. 54 del ET, aprobado por RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo (BOE 75/1995, de 29 de marzo), ya que el art. 16 RDLRT de 1977 dice: «1. Los trabajadores que participaren en huelga ilegal o cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo, incurrirán en la falta prevista en el apartado j) art. 33 de este real decreto-ley. 2. Los trabajadores que, de acuerdo con el art. 6 pfo. 7, fuesen designados para el mantenimiento de los servicios previstos y se negasen a ello, incurrirán en la causa justa de despido establecida en el apartado k) art. 33 del presente real decreto-ley, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedieran», debiendo entenderse en la actualidad que las referencias se hacen al art. 54 ET. (cfr. SSTS, Sala 4.ª, de 28 de noviembre de 1988, de 17 de abril de 1986, de 9 de marzo de 1981)

[50] Si se producen otros delitos rige el concurso real de delitos previsto en el art. 73 CP que indica: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diferentes infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas». Téngase en cuenta también los arts. 76 CP (Acuerdo plenario TS de 19 de diciembre de 2012, que señaló que «Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del código penal hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito» y el art. 77 CP.

[51] Para una bibliografía sobre esta atenuante, véase MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, Barcelona, Reppertor, 2011, pp. 485 ss.

pueda ser aplicable en concepto de atenuante analógica del art. 21.7.º en relación con el art. 21.1.º CP este tipo de conductas[52].

Insistimos que el derecho de huelga es un derecho individual de los trabajadores de ejercicio colectivo[53]. En consecuencia, cualquier exceso o abuso de ese ejercicio colectivo que repercuta en exigencia de responsabilidades individuales debería tener en cuenta esta dimensión colectiva y modular la responsabilidad individual en función a este parámetro colectivo.

3. Pena y reinserción social: la prohibición de penas privativas de libertad y el establecimiento como pena-tipo los trabajos en beneficio de la comunidad

En todo caso, de mantenerse la punibilidad de las conductas típicas actuales del art. 315.3 CP, lo bien cierto es que la respuesta punitiva no puede pasar por penas privativas de libertad sino por trabajos en beneficio de la comunidad, con independencia de las penas que correspondan por la comisión de delitos castigados en los tipos comunes del CP[54].

Los trabajos en beneficio de la comunidad están catalogados como penas privativas de derechos y se recogen en el art. 39 i) CP, desarrollándose su contenido en el art. 49 CP[55].

4. La responsabilidad civil del sindicato, comité de empresa o trabajadores convocantes[56]

Si hemos sostenido la dimensión colectiva de la acción de los piquetes de huelga para contextualizar la conducta individual de los trabajadores miembros de esos piquetes en orden a la exigencia o no de responsabilidades penales individuales de los mismos cuando se hace un ejercicio abusivo o no regular del derecho de huelga, debemos ahora hacer una breve referencia a las consecuencias de este planteamiento en el ámbito de la responsabilidad civil originada por los daños o perjuicios que se causen

[52] Sobre concepto general de las atenuantes analógicas, véase entre otras resoluciones el Auto de la Sala 2.ª TS 1077/2007, de 7 junio, rec. 11172/2006.
[53] STC 11/1981, ya citada.
[54] Véase nota 50.
[55] Para una bibliografía sobre esta pena, veáse MIR PUIG, S., Derecho Penal, 2011, pp. 717 y 718, en especial, 722 ss.
[56] Para un análisis más detallado de esta cuestión, véase GARCÍA VIÑA, J./BARCELÓ FERNÁNDEZ, Actualidad Laboral, 9, septiembre 2013.

con motivo de la acción realizada[57].

Desde nuestro planteamiento, dada la dimensión colectiva de la acción, la responsabilidad civil derivada de la misma debe reconducirse al ámbito colectivo en donde encontró su génesis y desarrollo y no al ámbito individual de aquél que realiza la acción. Esto nos lleva a postular que en estos casos, deben ser los convocantes y organizadores de la huelga, normalmente los sindicatos[58] o comité de empresa, los que deben asumir la responsabilidad civil directa de los daños y perjuicios derivados de la acción de los piquetes (art. 1903 CC) y no recaer dicha responsabilidad civil en los trabajadores individualmente considerados, los cuales sólo podrían verse demandados por el propio sindicato, comité de empresa o trabajadores convocantes en una acción de repetición de la responsabilidad civil (art. 1904 CC).

Sobre este particular, recuérdese que el art. 3.2 RDLRT señala que:

> Están facultados para acordar la declaración de huelga: a) Los trabajadores, a través de sus representantes. El acuerdo será adoptado, en reunión conjunta de dichos representantes, por decisión mayoritaria de los mismos. De la reunión, a la que habrán de asistir al menos el 75 por 100 de los representantes, se levantará acta, que deberán firmar los asistentes. b) Directamente los propios trabajadores del centro de trabajo, afectados por el conflicto, cuando el 25 por 100 de la plantilla decida se someta a votación dicho acuerdo. La votación habrá de ser secreta y se decidirá por mayoría simple. El resultado de ésta se hará constar en acta.

Coincidimos con GARCÍA VIÑA y BARCELÓ FERNÁNDEZ en que sobre esta materia no existe previsión normativa específica en el ámbito laboral y que sólo puede hablarse de exigencia de responsabilidad ante el abuso del derecho *ex art.* 7 CC, y entendemos que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el art. 1902 CC es el mecanismo que permite la exigencia de esta responsabilidad civil cuando no concurre acción delictiva, ya que en caso de existir ésta por el juego de los arts. 1092 CC[59], 109.1

[57] Sobre la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto*, recuérdese que está contenida en los arts. 109 a 126 CP, constituyendo el Título V del Libro II del CP. En el ámbito civil, la responsabilidad civil se encuentra regulada en los arts. 1089, 1092, 1093, 1.101 y ss y 1902 y ss. En especial, el art. 1902 dispone que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

[58] Téngase en cuenta que el art. 5.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 agosto (BOE 189/1985, de 8 de agosto) establece que: «El sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados, salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato». No obstante, nuestro compañero ARMENTEROS LEÓN, M. en su documentado estudio Tutela penal de la libertad del trabajador para decidir sobre el derecho de huelga, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2031, 2007, pp. 357-386 (también, Diario LA LEY de 21 de julio de 2006, bajo el título Piquetes coactivos. La Respuesta penal) da cuenta de la SAP Lugo de 28 de octubre de 204 que declara la responsabilidad civil subsidiaria del sindicato.

[59] «Las obligaciones civiles que nazcan de delitos o faltas se regirán por el Código Penal.»

y 2 CP[60] y 116.1 CP[61] la regulación de esta responsabilidad se rige por las disposiciones del CP, ya señaladas, salvo reserva de la acción civil ante la jurisdicción civil[62].

VI. BIBLIOGRAFÍA DEL AUTOR

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, Aspectos penales del derecho de huelga ante el cambio normativo, Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 24, diciembre 1992, pp. 7-19.

— El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo: perspectiva interdisciplinar, Revista General de Derecho, 579, diciembre 1992.

— Reforma laboral y delito social: algunas contradicciones, Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 46, octubre 1994, pp. 31 ss.

— La Fiscalía desde sus élites (1883-2011), ed. Electrónica, Amazón, 2012.

— Los delitos contra la Seguridad Social: entre la corrupción pública y la privada. Algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 38, 2014.

— En colaboración con SEQUEROS SAZATORNIL, F., Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores, Ed. La Ley, 2013.

— El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (Una visión jurisprudencial crítica), Ed. La Ley, 2014.

* * * * * *

[60] «1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.»

[61] «1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho derivasen daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota que deba responder cada uno.»

[62] También con estos autores entendemos que para hacer frente a estas responsabilidades civiles debería existir bien un fondo de garantía, dotado con un porcentaje de financiación pública del Estado a los sindicatos o bien el establecimiento de la obligación de contratación de un seguro de responsabilidad civil.

Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría de delito y la ignorancia deliberada[1]

~Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas~
Prof. Titular de Derecho Penal, Univ. de Alcalá. Patrona de la FICP.

I. INTRODUCCIÓN

Merece la pena destacar que las principales razones materiales que explican las causas y condiciones favorecedoras de la actual cyber-delincuencia de contenido económico se daban ya en sus rasgos básicos en momentos históricos muy anteriores al actual, sólo que la globalización del mundo contemporáneo, favorecida en todos los órdenes muy especialmente por el impresionante desarrollo mundial de las comunicaciones en general y de las tecnologías de la información y comunicación (TIC´s) en particular, potencia hasta límites antes incalculables el alcance de las oportunidades y los efectos de ese tipo de nueva delincuencia.

Voy a remitir para ello al excelente ejemplo que proporciona la situación histórica en la que se inscribe la trama de una reciente novela de Matilde Asensi, escritora alicantina que tiene la habilidad de transportar al lector a países lejanos y a momentos históricos. Con este libro[2] la escritora nos sitúa en las Américas, en concreto, en las cálidas aguas del Caribe y en el reinado de Felipe III, allá por el s. XVII. Sevilla florecía con el mercado de las Indias y en este contexto se fue situando una familia avispada: los hermanos Cuzco. Lógicamente no voy a reproducir todos los avatares y pormenores de la novela, más bien animo a leerla. Pero sí me detendré en describir someramente el cómo llegan a ser una de las familias más poderosas de Sevilla y de Cartagena de Indias y de Tierra Firme.

---

* Abreviaturas: **ADPCP**: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (cit. por año); **AFDUAM**: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma (cit. por tomo y año); **AT**: Allgemeiner Teil (parte general); **CP**: Código Penal; **DRAE**: Diccionario de la Real Academia Española; **LK**: Leipziger Kommentar StGB (Strafgesetzbuch), Berlin, de Gruyter, 12.ª ed., 2007; **nm:** número marginal; **PG** (Parte General); **InDret**: InDret. Revista para el análisis del Derecho. Revista electrónica.http://www.indret.com/es/ (cit. por tomo y año); **RDPP**: Revista de Derecho y Proceso Penal (cit. por n.º y año); **RDPCr**: Revista de Derecho Penal y Criminología (cit. por tomo y año) ; **RECPC**: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (http:// criminet.ugr.es/recpc, Univ. Granada).

[1] Este trabajo está elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2011-24011 sobre "Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados", en el que participo en la Univ. de Alcalá, financiado por el anterior Ministerio de Ciencia e Innovación, Subdirección Gral. de Proyectos e Investigación, actual Ministerio de Economía y Competitividad.

[2] Martín ojo de plata, 3.ª ed., Barcelona, Planeta, 2011.

Los Cuzco eran cinco hermanos: tres varones y dos hembras. Uno de los varones casó con la hija de un banquero, el más poderoso de Sevilla, de suerte que muchas de las flotas que salían para las Indias se dotaban a crédito con sus solos caudales, caudales que se convierten en grandes beneficios con el regreso de las naos; una de las hembras casó con el Prior del Consulado de Sevilla, y ello significaba que la esposa podía tener acceso a toda la información acerca de las flotas y las mercaderías; la otra casó con el Juez oficial y contador mayor de la Casa de Contratación de Sevilla, que se ocupaba de cobrar el impuesto por el que los galeones pagaban por su seguridad a la navegación de las Indias. Los tres juntos reunían más poder efectivo que cualquier ministro del Rey.

Los otros dos hermanos varones vivían en el Nuevo Mundo, en Cartagena de Indias.

Tanto poder concentrado inclinó hacia el abuso y una vez más se dedicó al provecho propio, de tal guisa que los tres hermanos Cuzco y sus consortes en Sevilla decían qué y cuántas mercaderías se cargarían en las tantas naos que podrían salir en las próximas flotas y cuáles no serían cargadas, para que así los dos hermanos Cuzco de Cartagena de Indias, rápidamente informados mediante cartas enviadas en los veloces navíos de aviso de la propia Casa de Contratación, pudieran acumularlas en sus establecimientos para venderlas a fuertes precios cuando faltaran a todas las pobres gentes del Nuevo Mundo. De este modo provocaban la escasez en el Nuevo Mundo mientras ellos se enriquecían en el Viejo y Felipe III sin enterarse con tanta guerra en Flandes.

Lo que entonces ocurría en el s. XVII está ahora presente en el s. XXI en sustancia, pero evidentemente se han producido algunos cambios, y no en la esencia sino en el *modus operandi*.

En el caso histórico que acabo de apuntar era fundamental para conseguir los sustanciosos beneficios pretendidos alcanzar puestos de poder, tener acceso a la información y poder comunicarla con rapidez y eficacia.

II. INTERNET Y LA GLOBALIZACIÓN

Si trasladamos este esquema al s. XXI podemos comprobar que los pilares del logro de un elevado beneficio económico, sea lícito o ilícito, siguen siendo los mismos:

puestos de poder o estratégicos, acceso a la información y poder comunicarla o utilizarla con suma rapidez y eficacia.

No obstante, se ha producido un fenómeno, una revolución en la evolución humana: los veloces navíos de aviso que surcaban las aguas atlánticas dando y llevando correos de la Corona con un número de destinatarios muy determinado y seleccionado, se han sustituido por otro medio: internet y sus nuevas formas de comunicación.

Internet a través de las denominadas TIC's ha contribuido enormemente a democratizar el mundo y a asistir a la formación del concepto de globalización. Las posibilidades de acceso a la información son infinitas, la comunicación de esa información puede llegar a millones de usuarios y, lo que asombraría a los españoles del s. XVII o sin irnos tan lejos a nuestros bisabuelos, ese acceso a la información se produce en tiempo real e inmediato.

Pero internet, una cosa neutra, invención del hombre, puede ser utilizado con bondad o con maldad. Y hete aquí que también se han aprovechado las nuevas tecnologías para acceder a ansiadas informaciones que han servido a sus usuarios para enriquecerse ilegítimamente.

Internet forma parte de lo que el sociólogo Ulrich BECK[3] bautizara como la sociedad del riesgo. Nuestra sociedad, cuanto más se tecnifica, más riesgos crea y en contraprestación esa sociedad no quiere ver comprometida su seguridad. En definitiva quiere realizar cualquier intercambio de información o transacción económica con tranquilidad y seguridad, porque el peligro de internet es su alto nivel y eficacia de potencial desestabilización colectiva. Se podría producir un caos organizativo y global en segundos.

III. INTERNET Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Para conseguir esta seguridad en el uso de internet hasta la fecha sólo hay dos

[3] Véase entre sus numerosas obras, Risikogesellschaft, auf dem Wege in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992; en castellano: La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad, Paidós, 2002; ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Paidós, 1998; Die Modernisierung der Moderne, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001; La sociedad del riesgo global, Siglo Veintiuno, 2002; Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial, Paidós, 2004; Das kosmopolitische Europa: Gesellschaft und Politik in der Zweiten Moderne, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2007. En concreto sobre la sociedad de la comunicación y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) desde la sociología, véase, entre sus numerosas publicaciones, CASTELLS, MANUEL, La sociedad red, Alianza, 2006.

instrumentos: el tecnológico a su vez y el normativo[4].

Aquí dejaré obviamente los controles tecnológicos y el diseño de nuevos estándares de seguridad para los especialistas y sólo repararé en el instrumento normativo de un modo somero.

1. El Derecho o el marco normativo se presenta, en palabras de GONZÁLEZ CUSSAC[5], como un valor estratégico en la seguridad económica. Efectivamente la sociedad y la comunidad se han ido dando normas de conducta y de convivencia a lo largo de toda su historia y esa es la forma de dotar de seguridad jurídica a los intercambios sociales. El Derecho es el instrumento para dibujar el marco idóneo de seguridad y confianza en el sistema y en el subsistema económico y financiero. No se puede prescindir de un sistema de normas y de reglas, las cuales ordenan y tienen poder de coacción, instaurando de este modo el imperio de la ley, al que cualquier ciudadano del mundo debe someterse.

Pero también internet y su uso exigen un cambio, actualización y revisión en los modelos normativos, pues no se puede tener una estrechez de miras y perseguir sólo la seguridad jurídica colectiva nacional, sino que se trata en muchos casos de conseguir una seguridad jurídica internacional ante ataques a sistemas financieros o empresas que con la globalización producen un efecto dominó. Se impone, por tanto una armonización normativa internacional y una cooperación entre Estados, conformando incluso instancias supraestatales.

La seguridad jurídica establecida por un marco normativo en el que se diseñan deberes, derechos, garantías, procedimientos, un poder judicial independiente, y prácticas aplicativas estables, genera riqueza. Sin un orden y funcionamiento institucional formalizado y seguro no habrá un desarrollo económico, ni financiero. Muy por el contrario, la salida de la obediencia a la ley poniendo en entredicho su imperio y hegemonía, hará acampar a la corrupción, que toma formas tan lamentables y tan actuales como el tráfico de influencias, la prevaricación, el cohecho, el fraude, etc.

[4] En las Jornadas "Hacia un enfoque integral de la gestión del fraude y el cybercrimen", Madrid, 12 noviembre 2013, organizadas por Nice Actimize, y celebradas en el Casino de Madrid, en las que actué como presidente y moderadora de las ponencias y debates, se trataron ampliamente ambos aspectos, examinando los medios de control tecnológicos y normativos ante conductas que agreden bienes jurídicos de terceros o incluso colectivos y la seguridad de todo un sistema, como puede ser p. ej. el de la banca online.

[5] Inteligencia jurídica: el valor estratégico del Derecho en la seguridad económica, en: Instituto español de Estudios estratégicos, La inteligencia económica en un mundo globalizado, Cuadernos de estrategia, 162, Ministerio de Defensa, 2013, 103 ss.

Y ello se traduce para cualquier país y Estado, también para el nuestro, en un coste económico, político y en la exclusión social, ya que se convertiría en arriesgada cualquier inversión sin el cobijo de una seguridad jurídica, de tal modo que las empresas huirían de ese territorio y el país dejaría de ser competitivo.

2. Con este panorama la seguridad jurídica no sólo se alcanza con una normativa preventiva, sino también necesariamente con una normativa punitiva disuasoria. Así el Derecho penal, y dentro del mismo la teoría del delito, ha ido adaptándose a las nuevas formas del delito, que se han desarrollado con las nuevas tecnologías, y ha introducido nuevas formas de tipificación para luchar contra el fraude.

En conclusión, el fraude informático[6] y en el cyber-espacio se puede contener con una sólida alianza entre la innovación tecnológica y sus avanzados controles de seguridad y un eficaz y eficiente marco normativo. Sólo de este modo se consigue una seguridad funcional y una seguridad jurídica adaptadas a la nueva situación.

IV. LOS NUEVOS FENÓMENOS DELICTIVOS Y LOS CAMBIOS EN LA TEORÍA DEL DELITO

1. Con ánimo de dotar de seguridad jurídica a los intercambios sociales y de ofrecer un instrumento hermenéutico a los operadores del Derecho, en el campo penal sustantivo en la mayoría de los países avanzados se aprobó un Código Penal y dentro de ese marco del Derecho penal codificado se construyó la teoría del delito, y ello se acompañó en el campo procesal de la instauración de una ley de ritos, que regula los procedimientos penales. Este proceso se inició en el s. XIX y ha dado una respuesta aceptable a los conflictos que se han ido planteando.

Pero en el último tercio del s. XX y en el s. XXI se ha producido un cambio social de grandes dimensiones: somos testigos de cómo hay otras formas de relacionarse entre las personas, de cómo han surgido distintos agentes sociales, de cómo se establecen otros medios para organizar y cerrar negocios jurídicos, de cómo funciona el orden empresarial y del protagonismo que ha tomado el mundo financiero en las vidas de los ciudadanos. Ello, como no podía ser de otro modo, ha tenido repercusiones en el ámbito normativo, forzando cambios sustanciales, de tal modo que conductas que se

[6] Entre otros cfr. SUÁREZ GÓNZALEZ, ALBERTO, La estafa informática, Bogotá, Ibáñez, 2009; MIRÓ LLINARES, FERNANDO, La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del phishing, RECPC, 15-12, 2013.

consideraban delictivas han pasado a tener otra valoración y se han destipificado, han dejado de ser delito, pero por el contrario otras conductas, contextualizadas en este desarrollo postindustrial y tecnológico, y en las que el legislador, incluso el del nuevo CP español de 1995, no había pensado, han tenido que introducirse en el CP. Llegados a este punto hay que resaltar que el cambio social es el más poderoso motor del cambio normativo[7], ya que la norma está al servicio de la sociedad, a la cual intenta organizar de la mejor manera posible y diseñar para su desarrollo el mejor ambiente de convivencia pacífica.

Lo que ocurre es que el cambio normativo siempre se ha producido después del cambio social, obviamente si viene forzado por él, y suele ir lento, más lento que el cambio social[8] y los fenómenos delictivos desarrollados a su sombra. Y esa lentitud, si cabe, queda más al descubierto en estos tiempos en que la velocidad percibida a la que se producen los cambios en la sociedad de la comunicación parece ser mayor –precisamente por la innovación tecnológica–, lo que hace que frecuentemente la ley aprobada no llegue lo suficientemente a tiempo y quede incompleta o desactualizada. La consecuencia que se percibe en todo este proceso es la ineficacia normativa y el efecto la insatisfacción social, al considerar que el instrumento normativo no protege suficientemente y en un *tempo* adecuado de los riesgos que se originan de un mal uso de los avances tecnológicos y en particular de internet. *Esto es una característica, llamémosla, logística, del fenómeno.*

Existe, por otro lado, *una característica, llamésmola, sustancial, inherente a los nuevos fenómenos delictivos,* entre los que se encuentran los fraudes informáticos, que han forzado cambios esenciales o planteado nuevas formas de interpretación de las construcciones dogmáticas de la teoría del delito. Los nuevos fenómenos delictivos producen fisuras en el edificio delictual o, con una visión más optimista, plantean

[7] Cfr. MIRÓ LLINARES, FERNANDO, Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (I) Tipo objetivo, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 115 ss.

[8] Sobre el tiempo y los cambios sociales, cfr. MONTERO, MARITZA, La construcción psicosocial del tiempo y el cambio social, en: Orientación y Sociedad, 2 (2000), en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-88932000000100004, consultada en diciembre 2013; Todo corre, Mucho fluye, Algo permanece. Cambio y estabilidad social, en: Revista Interamericana de Psicología, 37 (2), 2003, 279-293. En la web:http://www.psicorip.org/Resumos/PerP/RIP/RIP036a0/RIP03721.pdf, consultada en diciembre de 2013.

nuevos problemas que dan lugar a la reflexión y a la adaptación de las construcciones dogmáticas a los nuevos fenómenos[9].

Así, haciendo un recorrido por algunos conceptos centrales de la teoría del delito, nos encontramos con nuevos bienes jurídicos, lo que vuelve a plantear discusiones sobre su concepto y su contenido, y para complicar más el asunto, la naturaleza de estos bienes jurídicos provoca el salto cualitativo de un Derecho penal nuclear con bienes jurídicos individuales a un Derecho penal de esencia más comunitaria a través de la protección de bienes jurídicos colectivos y supraindividuales. La emergencia de estos nuevos bienes jurídicos y su protección por el Derecho penal ha dado lugar a que se cuestione la legitimación de la respuesta penal como instrumento para su protección, alzándose voces críticas por considerar que este recurso insistente al Derecho penal da lugar a una expansión de éste, que le puede hacer perder su fuerza coercitiva[10].

De la mano de los bienes jurídicos colectivos, intermedios, difusos o supraindividuales se ha aumentado la presencia de los delitos de peligro en el Código penal. Parece ser que es la técnica de tipificación hasta ahora más efectiva para proteger a esta clase de bienes jurídicos. Acostumbrados a esquemas mucho más ontológicos derivados de la estructura de los delitos de lesión, en los que la relación de causalidad con el resultado es más visualizable y descriptiva, los delitos de peligro introducen mayor normativización y abstracción, siendo más difícil construir y describir la relación causal[11] y los criterios de imputación objetiva, teniendo que recurrir a conceptos que permiten un mayor margen de interpretación al estar menos definidos, como lo es p. ej. el concepto de peligro o de la acción peligrosa como un alto nivel de probabilidad estadística de que se hubiera podido producir el resultado lesivo. Esta ductilidad que

[9] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, Introducción: Lo teórico y lo experimental en la teoría del delito, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 34 ss.

[10] El concepto "expansión del Derecho penal", como es sabido, es introducido por SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, Civitas, 1999; 2.ª 2001; 3ª, Madrid-Montevideo, Edisofer/BdeF, 2010; A Expansão do Direito penal, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002; Die Expansion des Strafrechts, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 2003; L'espansione del Dirittopenale. Aspetti della política criminal en elle società postindustriali (ed. italiana de V. Militello), Milano, Giuffrè 2004. Cfr. sobre ello, LAURENZO COPELLO, Recensión de Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal, 2.ª ed. 2001, RDPCr, 12, 2003, 441 ss.; POZUELO PÉREZ, Notas sobre la denominada "expansión del Derecho penal". Un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio, RDPP, 9, 2003, 13 ss.; NIÑO, La ideología de la defensa social y la expansión del Derecho penal, LH-Baratta, 2004, 1095 ss.

[11] En el mismo sentido, MIRÓ LLINARES, FERNANDO, en: Silva Sánchez/Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 127, afirmando para el caso del nuevo Derecho penal económico-empresarial, lo que se puede trasladar aquí, que "no es fácil una valoración naturalista del mecanismo causal en el seno de estructuras empresariales complejas".

experimentan los conceptos dogmáticos para poder explicar y fundamentar una posible responsabilidad penal debilita la seguridad jurídica y la interpretación de la prueba en el proceso penal[12].

Estos nuevos fenómenos delictivos, entre los que se encuentra el ciberfraude, tienen un efecto de desestabilización colectiva[13].Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) y el uso de internet las dotan de una gran potencialidad lesiva al incrementar notablemente el número de víctimas y complicar notablemente la investigación del delito y la determinación de sus autores. Este contexto viene vinculado con el fenómeno de la globalización[14] y con la introducción de un ataque transnacional a los bienes jurídicos. Se produce una deslocalización y segmentación espacio-temporal de la realización del delito[15]. La forma de luchar contra esta característica del fenómeno es la colaboración internacional en la investigación, pero también el ir dando pasos hacia una coordinación normativa penal internacional, que sea compatible con la soberanía de los Estados[16].

Ante los nuevos riesgos se tienen que desarrollar necesariamente estándares de seguridad. La norma que incluye y describe estos estándares de seguridad está exigiendo una determinada forma de actuar cuando se lleva a cabo dicha actividad, lo que da lugar a la creación de nuevos deberes para aquél que realice dicha actividad. En el ámbito normativo ello da lugar a tener que analizar qué papel desempeña el deber y su infracción. Esto atañe a diversos conceptos o instituciones de la teoría del delito. En

---

[12] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 42-43, encuentra la clave para aplicar la causalidad en estas nuevas formas de criminalidad en que "El punto de partida del cambio de enfoque es la convicción de que la misión del juez no es la de explicar y predecir –propia de los científicos – sino la de comunicar relaciones de sentido".

[13] Cfr. MIRÓ LLINARES, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 116.

[14] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 34.

[15] Cfr. VOGEL, JOACHIM, Derecho penal y globalización, en: AFDUAM, 9, 2005, 115, el cual afirma que con la globalización "de modo especial cabe afirmar que los *hechos a distancia*, en los que el lugar de acción y el del resultado (al igual que los respectivos momentos temporales) se encuentran muy alejados entre sí, serán más frecuentes que antes". Pero precisa que: "Posiblemente, la globalización –aquí en el sentido de «concentración del mundo» y de la conciencia del mundo como todo– ha modificado más que la realidad de la criminalidad, la percepción de determinadas formas de criminalidad, que son consideradas un problema global aunque –por sí mismas– no tengan dimensión global: *global concernover local crime*.(…)¿Cómo ha de valorarse todo esto en el plano normativo? Quien caracteriza una forma de criminalidad con el adjetivo «global» o como «problema global» está implicando que se trata de una criminalidad especialmente grave: el criminal no sólo agrede a un individuo o a un Estado, sino que ataca a todo el mundo, realiza con ello un grave injusto y una grave culpabilidad y demuestra ser especialmente malo, peligroso y nocivo".

[16] Cfr. VOGEL, AFDUAM, 9, 2005, 117 ss.

primer lugar, a la imprudencia y en particular a la norma de cuidado, puesto que estos nuevos estándares de seguridad dan contenido a esta norma de cuidado. También los límites del riesgo permitido quedarán definidos por estos nuevos deberes y normas de seguridad, lo que influirá en la aplicación de este concepto[17] y en la configuración de los tipos penales. Por último, la existencia de deberes conlleva una cuestión correlativa como lo es la de si la infracción de un deber, impuesto por normas de seguridad, cuya finalidad apremiante es controlar el riesgo, que lleva intrínseca una potencialidad lesiva, se puede considerar un criterio para fundamentar la autoría o la participación, en comisión por omisión o en un delito omisivo autónomo, de un sujeto, al que le incumbe un deber, ya sea directo, ya sea indirecto de vigilancia y supervisión de lo realizado por otro o por otros[18].

En cualquier caso, una sociedad postindustrial con una ubicuidad del riesgo generada por el desarrollo tecnológico principalmente, se traduce en términos punitivos en una aplicación incrementada del delito imprudente, señalándose "que el paradigma del Derecho penal del presente y del futuro es el delito de omisión imprudente"[19]. Considero además que estos cambios, que se están produciendo en la teoría del delito en este proceso de adaptación a la realidad, están impulsando un desarrollo de la dogmática del delito imprudente muy necesaria. Cuando abordé el tema de mi tesis doctoral[20], pude constatar la descompensación de tratamiento de las categorías delictuales entre el delito doloso y el delito imprudente. Quizás se deba a una herencia del finalismo, el cual fue crucial para la evolución del delito doloso, pero en contrapartida favoreció un relativo olvido del delito imprudente, ante un fenómeno que no podía explicar sin dificultades desde sus premisas. Auguro que en un futuro los manuales de parte general

[17] Véase. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 43 ss.

[18] Cfr. sobre ello ampliamente SCHÜNEMANN, B., Unternehmenskriminalitat und Strafrecht: eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln, Heymanns, 1979; ROXIN, Strafrecht, AT, II, München, Beck, 2003, § 32/125 ss. (quien sostiene como regla un concepto unitario de autor en los delitos omisivos por considerarlos delitos de infracción de deber: § 31/140 ss.); DE VICENTE REMESAL, Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, LH-Schünemann, 2014.

[19] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 39. Esta afirmación y su desarrollo se encuentra en GÜNTHER, KLAUS, De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un "cambio de paradigma" en el Derecho penal?, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, La insostenible situación del Derecho penal, Granada, Comares, 1999, 489-505.

[20] Cfr. ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL, Autoría y participación en el delito imprudente, Granada, Comares, 2002.

del Derecho penal se dividirán en dos grandes apartados: la teoría del delito en los tipos dolosos y la teoría del delito en los tipos imprudentes, pues poco a poco se va desvelando cómo las categorías del delito no tienen el mismo comportamiento ni la misma estructura y aplicación en una y otra clase de delito. Aunque se parta de un tronco común como lo es todo el edificio conceptual del delito, el tratamiento del delito doloso y el delito imprudente tiene que ser diferenciado, pues la parte subjetiva del tipo es de tal relevancia y transcendencia que obliga a ello.

Siguiendo con este repaso por algunos conceptos de la teoría del delito y en conexión con los conceptos de imprudencia y riesgo permitido, también quiero hacer notar cómo ha habido un incremento de las normas penales en blanco[21]. Esta técnica de tipificación la considero positiva, siempre y cuando se cumplan los requisitos y principios constitucionales y penales, manteniéndose así fiel al cumplimiento del principio de legalidad. Ello tiene incidencia en el proceso que se ha dado en llamar administrativización[22] del Derecho penal o, de modo más preciso, la accesoriedad administrativa del Derecho penal[23] y en el tema del error. En cuanto a la accesoriedad administrativa del Derecho penal se puede decir que sólo es una expresión de la unidad del ordenamiento jurídico y por otro lado es una forma de tipificación necesaria ante la complejidad y proliferación de normas de cuidado en cada uno de los sectores de actividad, como puede ser el financiero. En ningún caso, se ve en peligro la naturaleza de la norma penal y sus presupuestos por esta alusión típica a normas extrapenales. Con respecto al error, ante una proliferación de normas y un índice de complejidad en la aplicación e interpretación en ellas, se puede incrementar la aplicación del error. El debate se centra entonces en el tratamiento del error sobre una norma extrapenal, si se

[21] En su momento (cfr. ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL, Comentario al art. 359 CP, en: Cobo del Rosal (Dir.) Comentarios al CP, Segunda época, t. XI, Madrid, CESEJ, 2008, 56-57) propuse una nueva terminología para diferenciar entre las normas penales en blanco inconstitucionales y las normas penales en blanco que cumplían el principio de legalidad. De este modo denominaba leyes penales en blanco, cuya denominación contiene ya una connotación negativa, a aquellas que no cumplían los principios generales penales y constitucionales, y leyes penales remisorias para aquellas que sí cumplen dichos principios. Y ello porque las leyes penales remisorias, en mi terminología, son necesarias y constituyen una forma eficaz de técnica de tipificación y de economía normativa. Sólo cambiando la terminología podemos desvincularlas de la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco (entendidas del modo descrito, es decir, con la indicada connotación criticable) y resaltar su aspecto positivo y necesario como técnica de tipificación en una sociedad del riesgo.

[22] No me refiero con la utilización de la expresión "administrativización del Derecho penal" a la discusión de si el Derecho penal se está expandiendo de un modo tan exacerbado que, saltándose límites, se está tipificando por el legislador conductas que deberían ser tratadas como ilícitos administrativos y no como ilícitos penales, queriendo poner en evidencia el mal uso del Derecho penal y cómo quedan comprometidas sus funciones de prevención.

[23] Véase LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, Lecciones de Derecho Penal, PG, 2.ª, Valencia, tirant lo blanch, 2012, 389 ss., a propósito de la autorización oficial como causa de justificación o de atipicidad.

considera un error de tipo o un error de prohibición. En el caso de que nos encontremos ante el primero, las posibilidades de impunidad crecen, porque el delito imprudente sólo se tipifica en casos cerrados y expresamente tipificados (art. 12 CP). En caso contrario, se abren las vías de punición, al poder aplicar también una responsabilidad penal atenuada, tal y como prescribe el art. 14. 3 CP para el error de prohibición[24].

Por último, nos encontramos con un cambio legislativo y no sólo conceptual que ha supuesto la entrada de nuevos sujetos activos del delito. Tradicionalmente el Derecho penal tenía como sujeto activo del delito a la persona física. En un afán de aprehender la realidad y de acabar con la criminalidad a través de la persona jurídica o de la persona jurídica, esto también ha cambiado. Las estructuras organizadas complejas o empresas se presentaban como un refugio seguro, ya que se escondía tras ella la persona o personas físicas, planteando problemas de atribución de responsabilidad penal. Así, no es lo mismo la estafa informática cometida por un sujeto individual frente a otro sujeto individual, que la cometida por esa misma persona física pero por medio de una empresa con varias filiales, en la que los intervinientes son múltiples como también lo son las víctimas. Este cambio de paradigma, igualmente es un esfuerzo para luchar ante las nuevas formas de criminalidad, pero se discute acaloradamente su eficacia y su implantación y aplicación por el Derecho penal y en el proceso penal[25].

V. CUESTIONES DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

De las pinceladas expuestas en párrafos anteriores sobre la teoría del delito y los nuevos fenómenos delictivos voy a concretar y tomar como muestra una forma de intervención en el delito contextualizada dentro de los esquemas de la globalización y las nuevas tecnologías y que se caracteriza por un rasgo subjetivo como lo es el de "no querer saber". Dos ejemplos, ubicados uno en el ciberfraude y otro dentro del ámbito de las personas jurídicas, sociedades y empresas: los cibermuleros y los testaferros, me van a servir para hacer un planteamiento inicial, que es la clase de análisis que van a recoger estas páginas, y demostrativo de cómo la complejidad social actual está afectando a las estructuras del delito. A bote pronto parece que ambos ejemplos se encuentran muy lejanos el uno del otro, pero les une esa obstinación por no conocer del que interviene

[24] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Introducción, en: Silva Sánchez/ Miró Llinares, La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 50 ss.

[25] Últimamente desde otro enfoque argumenta la responsabilidad de la persona jurídica como empresa, ARTAZA VARELA, OSVALDO, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal, Madrid, Marcial Pons, 2013.

en una trama delictiva segmentada y que utiliza los medios tecnológicos o sociales para ocultar identidades, incluso para los que forman parte de la misma actividad delictiva. Partiendo de la anterior descripción del hecho ilícito, en la que se persigue el ocultamiento y se obstaculiza la transparencia, el interviniente o favorecedor tiene muy fácil mantener una posición cómoda de "no saber" y a ello se le une, en los supuestos escogidos, que realiza una conducta desde una perspectiva objetiva o factual no delictiva, sino normal o perfectamente usual dentro del tráfico jurídico o económico. Por tanto, aunque desde su dialogo interno tengan indicios de que favorecen o intervienen en una actividad ilegal y delictiva, su psique se parapeta en el desconocimiento buscado, en la ignorancia deliberada, que unida a una actividad de favorecimiento normalizada les permite mantenerse y que sean percibidos en los márgenes de lo lícito y no hacer descarrilar la presunción de inocencia, dificultando palmariamente su imputación penal.

Así, los testaferros son personas que prestan su nombre en negocios jurídicos que son de otra persona[26], ya que esta última no está interesada en aparecer públicamente y que sea relacionada con esa empresa o sociedad. Esta figura y su actividad retribuida, que hunde sus raíces en la fiducia, no es delictiva en si misma, y en algunos países de nuestro entorno está o ha estado bien considerada, hasta que se han retorcido sus fines y se ha utilizado para dificultar la investigación en caso de que se haya cometido un delito por los que realmente controlan la empresa.

El testaferro contribuye a este ocultamiento y dificulta la averiguación de la identidad de los autores con una actividad tan usual como es el de ser administrador de una sociedad o empresa, por la que recibe una retribución; pero el problema se plantea en que él no sabe, porque está ajeno y además ha prestado su nombre a cientos de sociedades de las que no se ocupa en absoluto, si la sociedad de la que es administrador formalmente ha cometido un delito o no y qué clase de delito y de qué forma concreta se ha producido[27], por lo que mantener su imputación y su condena se muestra harto difícil, al enfrentarnos a la ausencia de conocimiento, lo que conduce directamente a afirmar la atipicidad de su contribución.

[26] Así DRAE, 22.ª ed., 2001. Tb. véase RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN, La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva, InDret, 3, 2008, 4, n. 1, 2 y 3 y las sentencias allí citadas.
[27] Cfr. RAGUÉS, InDret, 3, 2008, 5.

En el caso de los cibermuleros, nombre que se aplica en la ciberdelincuencia por paralelismo con la correspondiente actividad de los "muleros" o "mulas" (que transportan la droga) en el tráfico de drogas, nos encontramos con un esquema similar. Existe también una contribución normalizada a la trama delictiva, cuyo contexto se sitúa en el denominado *phishing*[28]. Este consiste en "pescar" las claves de cuentas corrientes a través de correos *spam* y web falsas. Una vez que los cibercriminales se introducen en las cuentas de sus víctimas e ingresan la cantidad que consideren en las cuentas de los cibermuleros, estos se encargan de sacar el dinero físicamente de sus cuentas e ingresarlo en otras, que previamente les han indicado. Los cibermuleros se prestan a este servicio por la obtención de dinero fácil[29], al pagarles una comisión o porcentaje de la cantidad a ingresar. No obstante, como pasa en el caso de los testaferros, son los que ponen rostro a la operación, al poderse ejercer sobre ellos un control legal. En este caso a través de las operaciones bancarias. En el caso de los testaferros, a través del registro mercantil. Pero en ambos casos, nótese, la conducta en su descripción objetiva es socialmente adecuada.

Los dos ejemplos que he puesto constituyen indiscutiblemente conductas de favorecimiento, lo que influye en la manera en que se debe entender el dolo. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria exigen que el participe actúe con doble dolo: debe saber y conocer que lo que hace contribuye a la realización de un delito y debe saber y conocer a qué delito está contribuyendo[30]. Los supuestos extremos, en los que el sujeto conoce lo que hace y conoce los elementos esenciales del delito concreto al que contribuye, frente al que no sabe lo que hace ni a qué está favoreciendo, no plantean problemas desde la perspectiva subjetiva. En cambio, resulta ser bien distinto el asunto cuando existe la sospecha de que se puede estar favoreciendo conductas delictivas de terceros, pero el sujeto prefiere no seguir indagando. Esta situación no puede ser comprendida dentro de los parámetros de la teoría del doble dolo, porque no hay un conocimiento

[28]Cfr. MIRÓ, RECPC, 15-12, 2013, 32.

[29] Se suelen 'enganchar' o reclutar personas como cibermuleros por ofertas de trabajo, que no consisten ciertamente en ninguna actividad laboral, pero que consiguen mantener esa apariencia buscada de corrección y licitud. O por algo tan sencillo como pedir un favor, como cuenta un internauta, profesor de español, que daba clases a una china y el supuesto papá de ésta le pide la dirección –hasta el momento sólo le había facilitado el nombre, número de móvil y población– para enviarle un cheque de viajero con un módico importe de 2.500 €, con el fin de que lo hiciera efectivo en un banco español, se quedase con la cantidad estipulada por las clases, y el resto lo ingresase en un número de cuenta de una supuesta agencia de viajes que se encargaba de gestionar el resto del dinero para la muchacha: vuelo, estancia, gastos diversos, en:http://www.betisweb.com/otros-temas/88183-estafa-en-la-red-cibermuleros.html, consultado el 17 de febrero de 2014.

[30] Sobre la teoría del doble dolo, cfr. ROXIN, AT, II, 2003, 172 ss., 223 ss.; SCHÜNEMANN, LK, 12ª, 2006, § 26, nm. 57-78; § 27, nm. 54-56.

global y completo de la intervención. El partícipe realiza una conducta que no es inequívocamente delictiva, como es el caso del administrador formal de la sociedad o del cibermulero que recoge el dinero para enviárselo a la alumna, y por otro lado no se tiene conocimiento concreto de, en su caso, en qué delito se está colaborando. Consecuentemente, o se abandona la teoría del doble dolo o se reinterpreta ante estas nuevas formas de participación subjetiva, lo que puede dar lugar a una teoría del doble dolo modificada o a una nueva forma de comprensión de los elementos del dolo en estos supuestos, o a considerar otras posibilidades como la tipificación de participaciones dolosas o imprudentes basadas en infracciones de deberes de cautela o incluso de creación de tipos de participación *ad hoc* en esto casos[31]. Pero este esfuerzo reinterpretativo y de sistematización o de creación dogmática obviamente sólo merece la pena si a su vez estas intervenciones son merecedoras de pena.

VI. JUSTIFICACIONES POLÍTICO-CRIMINALES DE NECESIDAD DE TIPICIDAD DE ESTAS CONDUCTAS

La cuestión básica que hay que contestar es si la actuación de los que sospechan que están ayudando a cometer un delito debe estar tipificada y penada o la respuesta del ordenamiento jurídico no debe ser jurídico-penal.

Hay algo evidente que se produce en el seno de situaciones de favorecimiento y no en la autoría y es que hay conductas de participación que son en si mismas inequívocamente delictivas y otras que no lo son, lo que dificulta más el análisis y abre el debate desde otra argumentación de la tipicidad de la intervención, ya que se ha defendido que las conductas que no son inequívocamente delictivas son conductas neutras dentro de un rol y que no se pueden castigar, pese a que el ferretero sepa con todo lujo de detalles que está vendiendo un martillo, para que el que lo compra mate golpeando con tal utensilio la cabeza de su víctima. En mi opinión no se debe separar en este análisis el cuerpo del alma, es decir, no se puede separar con tal brutalidad de escisión lo que hace el sujeto de lo que sabe y es consciente el sujeto cuando lo está haciendo, porque inevitablemente lo uno se incluye en lo otro. Considero que lo que JAKOBS[32] formuló es válido para dar contenido a los deberes inherentes a un rol e

[31] Con respecto a esta última solución alternativa, véase, RAGUÉS, InDret, 3, 2008, 20 ss.
[32] Sobre la construcción de la imputación objetiva, el tratamiento de la autoría y la prohibición de regreso dentro de los márgenes de la adecuación social en Jakobs, cfr. ROSO, Autoría, 2002, 108 ss. Sobre el

interpretarlos, de tal modo que conductas que no son inequívocamente criminales no generan, por ejemplo en el caso del ferretero, el deber de cerciorarse de para qué va utilizar el martillo la persona que lo compra, por lo que no tiene que hacer tal interrogatorio y en su caso negarse a vendérselo, puesto que su rol, su profesión, no está concebida con esos deberes, ni se exige ese modo de desempeñarla. Si esto es así, no podremos decir que hay imprudencia o infracción de un deber especial y castigar por ello. Ahora bien, los presupuestos cambian cuando el ferretero le vende un martillo a una persona de la que sabe detalles personales de su vida familiar, como que es violento y maltrata a su mujer y a sus hijos. El ferretero se representa la posibilidad de que el martillo sea usado en un futuro para otros fines que no sean los propios de clavar clavos, y podremos tildar o no a nuestro ferretero de una persona altamente imaginativa, pero lo cierto y verdad es que claramente cabe la posibilidad que se ha representado. Cuando conciliamos el aspecto subjetivo con el objetivo se produce el cambio en el planteamiento y surge la cuestión de qué cualidad y cantidad tiene que tener el conocimiento de alguien para considerar que una conducta neutra o normativizada se convierte en una intervención delictiva. En el caso de la representación del ferretero antedicha ésta todavía no es lo suficientemente efectiva y decisiva para afirmar que favorece técnicamente al violento. En primer lugar, en el rol del ferretero hasta el día de hoy no existe ningún deber de no vender herramientas a personas que tienen antecedentes violentos. No infringe norma de cuidado alguna. Y segundo porque su conocimiento sobre el carácter violento de su cliente no es suficiente para considerar que facilita el delito de lesión futuro, pero incierto. Sólo sirve para hacer cábalas probabilísticas o alimentar su imaginación, pero el conocimiento no ha alcanzado la entidad necesaria para convertir la conducta de lícita en ilícita. Incluso si el ferretero tuviese más detalles sobre la vida privada de su cliente y su carácter violento, como que la escalada de violencia estaba siendo cada vez mayor y en el último incidente había amenazado a su mujer con un vaso que tenía en las manos, el cual desportilló para convertirlo en un objeto amenazante. Aunque este sea el contexto descrito, tampoco el ferretero pasa a ser favorecedor de lo que ocurra, por las mismas razones expuestas: el ferretero no realiza conducta de favorecimiento delictiva, sino una conducta propia de su labor, adecuada a su ámbito de actuación; el ferretero no tiene obligación de

cambio de opinión de Jakobs en un sentido similar al texto cfr. Robles Planas, Ricardo, Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, Barcelona, Atelier, 2007, 84 ss.

preguntar para qué se va a utilizar el martillo; el ferretero no tiene obligación de no vender herramientas a personas violentas, que pueden darle un uso indebido.

Sin embargo, considero que una conducta neutra o normalizada dentro de los parámetros de una profesión, situación, labor, rol etc. pasa a convertirse en delictiva desde el momento en que el sujeto sabe y conoce que su actuación favorece la de un autor de un hecho delictivo. Siguiendo con el ejemplo, si el violento se dirige al ferretero para comprarle el martillo y aquel le dice que con él va a golpear a su mujer hasta matarla, debe no vendérselo, pues de lo contrario pasará a ser cómplice o cooperador necesario de un homicidio o como mínimo se le podrá reprochar que no ha impedido el delito (art. 450 CP). El conocimiento alcanza la intensidad suficiente de certeza de tal modo que la base factual deja de tener un sentido normalizado para convertirse en una conducta con sentido y significado delictivo[33].

En los casos que son objeto de estudio en estas páginas nos encontramos ante conductas neutras o conformes a Derecho, pero en el plano subjetivo se presenta una situación un tanto ambigua, como ya hemos apuntado, pues se duda en considerar estas conductas claramente dolosas y estos déficits subjetivos que introduce la actitud de ignorancia deliberada parece que no terminan de desbancar la normalidad o neutralidad de la conducta. Ello nos lleva a plantearnos si es idónea la respuesta penal y sus consecuencias. Para RAGUÉS I VALLÈS resulta ser altamente insatisfactorio defender la impunidad del testaferro desde argumentos de política-criminal[34], puesto que dificulta el esclarecimiento de los hechos delictivos, facilita la comisión de estos y en términos de prevención "la existencia de sujetos dispuestos a colaborar en cualquier momento con

[33] Esta misma argumentación para considerar que el conocimiento seguro del dolo directo de segundo grado convierte en inequívocamente criminal la conducta objetivamente favorecedora, mientras que en caso de simple sospecha sigue siendo una conducta neutra o dentro de lo socialmente adecuado o comprendido en el ejercicio legítimo de la profesión sostiene (salvo que él, a diferencia de lo que a continuación sostengo en el texto, incluye también en este ámbito el dolo eventual) LUZÓN PEÑA, Responsabilidad penal del asesor jurídico, RP 29 2012, (97 ss.), 109-111, explicando ampliamente que esta transformación del sentido objetivo de la conducta favorecedora es la que fundamenta adecuadamente la solución en la que coinciden teorías puramente subjetivas (citando en n. 29 p.109 a ROXIN, OTTO y AMBOS); igual en Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales, Foro FICP, 2013-1 (www.ficp.es), (28 ss.), 50-56 (y n. 29); y en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), III Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, Tirant, 2013, (301 ss.), 324-329 (y n. 671). En cambio, personalmente creo que el dolo eventual, unido a otros datos objetivos como los que concurren en estos casos puede ser suficiente para transformar la conducta de neutra o lícita en inequívocamente delictiva.

[34] Desde una perspectiva dogmática considera este autor [InDret, 3, 2008, 10] que la falta de respuesta penal sería igual de insatisfactoria, puesto que estas personas, los testaferros, saben positivamente que contribuyen a un hecho antijurídico, lo que ocurre es que se trata de un caso peculiar, porque a pesar de su conocimiento de la antijuridicidad y de que concurran los elementos del tipo objetivo, sin embargo no pueden ser castigados por ausencia de tipicidad subjetiva.

todo aquél que desee utilizar una sociedad mercantil para ocultar la realización de actividades delictivas es un fenómeno lo bastante grave como para justificar la intervención del Derecho penal"[35].

En mi opinión, nos encontramos ante conductas que desde una perspectiva general son inicialmente normalizadas o neutras, pero que si se las contextualiza son inequívocamente delictivas[36]. El propio supuesto fáctico alberga la mayoría de las veces datos objetivos que son los que hacen que el testaferro o el cibermulero[37] sospeche de la situación y opte por no querer saber, pero con lo que sabe y con su actitud afectada de no querer saber se llega a la cualidad y cantidad necesaria de conocimiento para poder afirmar normalmente el dolo eventual o, si excepcionalmente éste no se diera, al menos la imprudencia[38].En conclusión, considero estas conductas merecedoras de respuesta penal en los casos con suficiente entidad, que son aquellos en los que el sujeto a partir de datos objetivos ha llegado a concluir que existe una probabilidad cierta de poder estar favoreciendo un hecho delictivo y ante ello busca el refugio que le puede brindar el mantenerse en una ignorancia provocada y mantenida. Por otro lado no veo mayor

[35] InDret, 3, 2008, 10.

[36] En este sentido cfr. SAP Pontevedra 2/2012 ,10-I:"Al respecto, -y como ya indicábamos en la Sentencia de esta misma Sala de fecha 17 de Noviembre de 2011 (JUR 2011, 426685), el TS en Sentencia de 1 de febrero de 2007 (RJ 2007, 3246), señala que 'la acción del testaferro implica siempre tomar parte en un acto, que aunque no es en sí mismo delictivo, conlleva un ocultamiento, que, en ocasiones, puede aumentar el riesgo de comisión de un delito, como ocurre en los casos en los que se lleva a cabo sin una explicación objetiva plausible de la simulación, es decir fundada en causas manifiestamente lícitas. En tales casos el acto neutral deja de serlo, pues tiene una relación de sentido delictivo. Cuando la cooperación en ese hecho no es dolosa, el art. 301.3 CP exige al que coopera prestándose a la simulación que obre con especial cuidado de no favorecer un delito de los autores. Es evidente que el recurrente, cuyo dolo, como se ha visto, no ha sido demostrado, no ha tomado ninguna medida de precaución para que su participación no favoreciera la comisión del delito o no aumentara el riesgo de la misma. Por tales razones la acción que se le imputa no es simplemente un acto neutral y su imprudencia no puede ser cuestionada' (en similar sentido SSTS 14/9/2005 (RJ 2005, 7053), 2/12/2009 (RJ 2010, 2011))".

[37] En el mismo sentido MIRÓ, RECPC, 15-12, 2013, 43-44 : "El acto de recibir cantidades de dinero procedentes del *phishing* y su envío por medios seguros a los autores del mismo, sólo puede valorarse socialmente como que el que lo realiza ha decidido sumarse al, o integrase en, el proyecto delictivo llevado a cabo por el autor. En otras palabras, el mulero que recibe importantes ingresos y los transfiere por los medios que le han ordenado, realiza un comportamiento cuyo único sentido social es, a todas luces, hacer posible a otros sujetos, determinados o indeterminados, la consumación final del delito".

[38] Aunque he de advertir de que castigar por imprudencia en estos casos introduce la cuestión muy discutida de la punición de la participación imprudente a un delito doloso. Recordemos la influencia de la prohibición de regreso y su posterior desarrollo en este tema. (Cfr. ROSO, Autoría, 2002, *passim*). Y por otro lado, hay que tener en cuenta que en los delitos patrimoniales y económicos supone una excepción – p.ej. el delito de blanqueo de capitales- el castigar la autoría imprudente, por lo que resulta incoherente sistemáticamente y político-criminalmente inadecuado y desproporcionado castigar la participación imprudente. Ahora bien, puede que el legislador tenga especial interés en algunos ámbitos en exterminar cualquier rastro de favorecimiento o cooperación, por lo que en ese caso también castigará la participación imprudente, pero elevada al nivel de la autoría a través, p. ej. del expediente de los delitos de infracción de un deber, o de la comisión por omisión y la posición de garante o/y de la elección de verbos típicos amplificadores de la intervención.

problema, para dar una respuesta político-criminal y una pena proporcional[39] a estos casos, a realizar una reestructuración dogmática del concepto de dolo y fundamentar también el castigo en el mantenimiento inducido de una ignorancia, exigiendo precisamente la necesidad de cumplir el deber de investigar cuando se tenga conocimiento de datos ciertamente de justificación o explicación dudosas desde planteamientos lícitos. Consiguientemente su conducta debe considerarse constitutiva de una cooperación (necesaria o no según las circunstancias) dolosa del delito y por tanto político-criminalmente merecedora de pena.

VII. LA ACTITUD INTERNA DE IGNORANCIA DELIBERADA Y SU EQUIPARACIÓN CON EL DOLO EVENTUAL

El sujeto que prefiere mantenerse en el desconocimiento para no ser implicado en la realización de un delito, pese a sospechar que puede favorecer conductas ilícitas de terceros, se mantiene *voluntariamente* en un estado de ignorancia.

La jurisprudencia ha acudido a la construcción de la ignorancia deliberada de origen anglosajón en los casos en que ha condenado para afirmar la existencia del dolo eventual, puesto que negarse a conocer más y disipar sus dudas y sospechas equivale a la concurrencia del elemento de la aceptación del dolo eventual.

No obstante, se puede plantear que no se trata tanto de lo que no quieren saber, como de si lo que sí saben es suficiente para considerar que se puede afirmar que hay una participación consciente, dolosa, o incluso imprudente en el hecho ilícito de otro. Recordemos que el cibermulero es la persona que recibe el dinero en su cuenta y lo transfiere por canales seguros a terceros desconocidos, que son los que se han ocupado anteriormente de diseñar el esquema defraudatorio del *phishing*, valiéndose del mensaje *spam* y de webs falsas para poder 'pescar' las contraseñas de cuentas bancarias de los terceros víctimas de la defraudación. Dejando aparte la cuestión de en qué tipo penal se pueden comprender estas conductas de favorecimiento o de autoría, que también

[39] Sobre la proporcionalidad y los problemas que plantea en los casos de ignorancia deliberada y su equiparación con los supuestos de dolo cfr. RAGUÉS, InDret, 3, 2008, 19-20. En mi opinión, el error está en considerar que la ignorancia deliberada es el único elemento subjetivo que conformaría el dolo y efectivamente el dolo no se puede conformar sólo con la afirmación de que existe una actitud de ignorancia deliberada, porque entonces sí que se producen problemas de proporcionalidad en las penas impuestas.

presentan algunos problemas de subsunción[40], lo que nos interesa es poder afirmar la existencia de dolo o al menos de imprudencia, si se tratase p. ej. de una intervención en un blanqueo de capitales. Recordemos que el cibermulero recibe una comisión por esa sencilla actividad. En el caso de los testaferros el punto de partida es un ocultamiento, porque el administrador real no quiere aparecer en las actividades de la sociedad frente a terceros, pero todavía en este contexto la actividad desarrollada puede transcurrir por los caminos de la licitud o ya traspasar sus límites y utilizarse para actividades delictivas. En cualquiera de los casos, el testaferro recibe una contraprestación.

El cibermulero no conoce el trasfondo de todo la trama delictiva y resulta, sin embargo, ser el último eslabón de la cadena, pero muy necesario, puesto que realiza un acto ejecutivo de gran importancia como es el de transferir el dinero a terceras personas, que por fin van a conseguir adueñarse del dinero. Incluso dependiendo de la descripción típica se podía considerar que son los que consuman el delito de que se trate. El hecho de no saber de dónde viene el dinero y de a dónde va y si su origen es lícito o no, y de adoptar una actitud de no querer saber ni de indagar es lo que lleva a afirmar su ignorancia deliberada. En estos casos la jurisprudencia infiere la existencia de dolo o al menos imprudencia, si el tipo tipifica esta modalidad, como ocurre en el blanqueo de capitales de otros datos que se reúnen normalmente en estos supuestos fácticos y que quedan acreditados. Así p. ej. la SAP Valladolid, 263/2010, 21-VI [41], seguida por

[40] Cfr. por todos sobre esta cuestión, MIRÓ LLINARES, RECPC, 15-12, 2013, 32 ss., que explica las posibilidades de tipicidad de estas conductas aplicando la estafa informática o el blanqueo de capitales.

[41] "Por otra parte, en este caso, como luego se analizará, el problema deriva del conocimiento del origen ilícito de las cantidades de dinero manejadas por los acusados, alegando los mismos que desconocían totalmente el mismo. La jurisprudencia ha sentado que, aunque deba rebasarse la mera sospecha, este requisito no implica sino un conocimiento práctico, del que se tiene por razón de la experiencia, y que permite representarse algo como lo más probable, en una situación dada, el que permite a un sujeto medio discriminar, tener conciencia de la anormalidad de la operación y la razonable inferencia de que proceden de un delito, admitiendo este tipo de comisión por imprudencia grave, que supone una ignorancia deliberada sobre el origen de las cantidades de dinero que propicia que el dinero procedente de una estafa informática encuentre una vía idónea para que su legítimo propietario no lo recupere. Los acusados reconocieron en Juicio Oral, haber contactado, vía correo electrónico, con empresas que les ofrecen trabajar para ellas como "gestores de transferencia", en las mismas dinámicas comisivas. Aceptan ambos, facilitando a dichas empresas sus datos personales, así como una cuenta corriente donde se les ingresaría un dinero, de modo que, los acusados, deberían transferirlo a una persona y dirección, en Kiev, reservándose una comisión en torno al 5%, a través de Money Grace o Western Union. Ambos reconocen que quien les envía los correos era un tal Aurelio, pese a que el español en que estaban escritos era claramente deficiente, la empresa que se supone les contrataba era extranjera y el dinero debía enviarse a Kiev (Ucrania). Y pretenden que, todos estos datos iniciales, no les suscita extrañeza alguna, máxime cuando, al menos uno de los acusados, confiesa conocimientos muy altos de informática, y cuando, en dichos correos, como consta en autos, en un español muy deficiente, se le hacían indicaciones en el sentido de que, cuando acudiera a efectuar las transferencia, manifestaran, si se les requería sobre ello, que el dinero era para un familiar o amigo. A mayor abundamiento, la ordenante del ingreso en las cuentas corrientes de los acusados, era Insultating Materials Trading, OB, es decir, una entidad totalmente diferente a la del contrato inicial, Virgin Finance y HR Marriage, respectivamente, lo que, al parecer,

muchas otras sentencias[42] que consideran que es completamente anómalo el *modus operandi* del caso, y aunque no castigan por dolo, sí lo hacen por imprudencia, porque con un mínimo de diligencia podrían haber evitado el daño patrimonial. Sin embargo, la jurisprudencia ha dado un giro copernicano en los últimos años y ha considerado inadmisible en un Estado de Derecho "imponer a los ciudadanos un deber de investigación sobre las actividades económicas ajenas para determinar si los bienes que manejan han sido generados o no en actividades ilícitas. Por otro lado, la calificación de imprudencia grave ha de reservarse para las actuaciones de los sujetos obligados por la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales que son los únicos a los que se les va a poder

tampoco sorprende a los acusados. Los acusados, como reconocen, reciben sendas cantidades en cuentas corrientes que ellos ponen a disposición de los contratantes, cuando es de sobra conocido que, para efectuar una transferencia, en modo alguno es necesario abrir una cuenta corriente, y ambos llevan a cabo las transferencias beneficiándose de la comisión pactada.
Ha resultado plenamente acreditado, por otra parte, que, en ambas ocasiones, el dinero había sido detraído de la cuenta titularidad de María Purificación, abierta en una sucursal del BBVA, sin su conocimiento ni consentimiento, a través de la modalidad de fraude informático denominado "phishing", según informe pericial de la Policía científica, ratificado en Juicio Oral.
El "phishing" supone que, mediante una manipulación informática, se efectúe una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero. En este caso, el acto de disposición patrimonial no se realiza por la víctima del engaño, sino por el propio autor, a través del sistema, por lo que la transferencia debe ser no consentida. En este caso, personas desconocidas se introdujeron en el sistema informática del BBVA, a través de un programa espía (troyano), como se extrae del informe de la Policía Científica, y obtuvieron los datos del titular y el número de cuenta y claves de acceso, ofreciendo una página web falsa, de apariencia idéntica a la original, y así consumar el fraude. El titular ofrece los datos, en la creencia de que se halla ante la página original, y el defraudador los utiliza para conseguir una transferencia patrimonial a su favor, que es lo que, en este caso, hacen quienes contactan con los acusados. De modo que, una vez sustraídas las dos cantidades objeto de estos autos, consumada la estafa, origen ilícito del dinero, los acusados ofrecen sus cuentas para que el dinero, en un primer paso, figure en las mismas y, en el plazo de 24 horas, se transfieren a Kiev, facilitando así los acusados con su conducta la vía idónea para que el dinero no vuelva a ser recuperado. Además de que, como dijimos con anterioridad, el acusado Eugenio, declara altos conocimientos de informática, para cualquier persona media resulta evidente que, el ofrecimiento del 5% de comisión, por efectuar una operación como la descrita llevada a cabo por los acusados, resulta claramente anómalo. Como lo es el tener que abrir una cuenta corriente para practicar una transferencia, para una empresa de la que se desconoce todo, distinta de quien envía el correo, en un español ininteligible, llamándose " Aurelio ", explicándoseles en los correos que, estas cantidades, eran beneficios empresariales que ellos debían transferir a unos supuestos socios, nada menos que a Kiev, y a través de sistemas que evitan totalmente el rastreo. No es de recibo que no considerasen inverosímil que una empresa de reparto beneficioso de un modo tan poco convencional, necesitando intermediarios, la aceptación de ambos acusados de llevar a cabo dichas transferencias, sin querer plantearse (con deliberada ignorancia), qué trascendencia puede tener el trabajo realizado ni el origen de las sumas de dinero que van a transferir, y de hecho transfieren, a Kiev. Lo que hacen es, literalmente, aceptar el ofrecimiento de prestar una cuenta corriente de su titularidad, para que en ella se hagan ingresos de dinero que, a su vez, se transferirán a otras cuentas, en beneficio de personas a las que tampoco se conoce, percibiendo por ello un porcentaje, en este caso de un 5%, y esto resulta tan evidente y notoriamente anómalo, que supone adoptar como cautela mínima el abstenerse de operar, pero los acusados prefieren ignorar cualquier extremo o dato relativo al origen y al destino del dinero y perciben una comisión por algo que, realmente, les era muy sencillo y fácil. Y en ello radica la imprudencia grave, ya que su negligencia propicia que un dinero procedente de una estafa informática encuentre la vía para no ser recuperado, cuando, los acusados, con un mínimo de diligencias o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial que se produjo".

[42] Cfr. MIRÓ LLINARES, RECPC, 15-12, 2013, 34 y notas 77-82.

exigir precaución superior a la normal" (SAP 332/2010, 29-VII) [43]. Más categórica y aumentando los argumentos en contra de la ignorancia deliberada como elemento conformador del dolo eventual encontramos la STS 987/2012, 3-XII[44], que considera que este criterio no es compatible con la garantía constitucional de la presunción de inocencia, ni con las exigencias del principio de culpabilidad con rango constitucional, ya que existe el riesgo de que la fórmula de la "ignorancia deliberada" pueda ser utilizada para eludir la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual o para invertir la carga de la prueba, creando así una presunción del dolo y no dando cabida a la aplicación del *in dubio pro reo*. Por otro lado, igualmente niega la sentencia que exista un deber especial que le obligue al sujeto a conocer por su profesión, como sí ocurre en otros casos. Ahora bien, es un dato a tener en cuenta en esta sentencia, porque con seguridad pesó en toda la argumentación jurídica del fallo, aunque lo menciona como último punto, que el propio acusado denunciase el hecho en el preciso momento en que tuvo noticia de que el dinero recibido podría formar parte de una operación de blanqueo de capitales. Evidentemente su denuncia revela que su actitud subjetiva no era dolosa [45].

Para el caso del testaferro podemos afirmar el mismo esquema jurisprudencial que

[43] Cfr. MIRÓ LLINARES, RECPC, 15-12, 2013, 36, n. 84.
[44] Siguiéndola la SAP Ciudad Real (sección 2.ª) 48/2013, 4-IV.
[45] Nuestra jurisprudencia referente al concepto de dolo eventual ha establecido que en aquellos supuestos en los que se haya probado que el autor decide la realización de la acción, no obstante haber tenido consistentes y claras sospechas de que se dan en el hecho los elementos del tipo objetivo, manifestando indiferencia respecto de la concurrencia o no de estos, no cabe alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo en el sentido del art. 14 CP. Esta situación, como se ha dicho, es de apreciar en aquellos casos en los que el autor incumple conscientemente obligaciones legales o reglamentarias de cerciorarse sobre los elementos del hecho, como en el delito de blanqueo de capitales, o en los delitos de tenencia y tráfico de drogas, cuando el autor tuvo razones evidentes para comprobar los hechos y no lo hizo porque le daba igual que concurrieran o no los elementos del tipo; es decir: cuando está acreditado que estaba decidido a actuar cualquiera fuera la situación en la que lo hacía y que existían razones de peso para sospechar la realización del tipo. En todo caso, la prueba de estas circunstancias del caso estará a cargo de la acusación y sometida a las reglas generales que rigen sobre la prueba.
En conclusión se trata de explicar la concurrencia del dolo en la situación de determinadas personas especialmente obligadas a conocer por específicas reglamentaciones, como operadores financieros respecto a movimientos de capitales sobre los que actúan, de manera que están jurídicamente obligados a realizar concretas comprobaciones sobre los actos financieros. En estos supuestos, puede explicarse racionalmente su indiferencia respecto a la procedencia ilícita del dinero en la medida en que el sujeto deliberadamente actúa cegando las fuentes de conocimiento a las que está obligado. Es decir, como dijo la STS 741/2007, de 27-VII (RJ 2007, 7107), el sujeto está en situación de conocer y obligado a conocer y consecuentemente omite el cumplimiento de su deber. Estos supuestos expresan una indiferencia respecto al origen ilícito que permite afirmar de forma racional su conocimiento típico respecto al delito de blanqueo de dinero. Se trata, por lo tanto, de explicar racionalmente la indiferencia respecto al elemento cognitivo del dolo y ello sólo puede ser aplicado a concretos delitos como por ejemplo el blanqueo de dinero.

se ha apuntado para el caso de los muleros: líneas jurisprudenciales contrapuestas.[46] Y además contrasta el cambio jurisprudencial que se ha producido en los fallos en el ámbito de los cibermuleros en estos últimos años, consistente en negar que la ignorancia deliberada sea un indicio para afirmar el dolo eventual, con lo que sostiene en sentencias recientes este mismo TS para los supuestos de testaferros. En la STS 557/2012, 9-VII, el alto tribunal mantiene, analizando la conducta del testaferro, que no basta una mera sospecha de la ilicitud de los bienes a blanquear y que se requiere una incertidumbre sobre dicho origen, lo que no significa que se tenga que tener un conocimiento de todos los pormenores o de detalles de la infracción precedente, por lo que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que el dinero procede de la comisión de delitos. Y entonces, afirma esta sentencia, el sujeto consideró seriamente y aceptó como altamente probable que el dinero tenía un origen ilícito. Además dicha STS 557/2012 sostiene con toda claridad que los comportamientos de ignorancia deliberada están dentro del dolo eventual. Queda con ello todavía más en evidencia al comparar estos dos grupos de casos la falta de unidad de criterio que mantiene la jurisprudencia.

Se podría plantear, para poder justificar las desigualdades de trato de estos grupos de casos, que los testaferros, en una terminología positiva, y sin las connotaciones negativas de las que se ha hecho acreedora la palabra testaferro, son los denominados administradores de derecho o hecho, los cuales tienen un deber como mínimo de lealtad y de diligencia en la llevanza de la sociedad (arts. 225 y 226 Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido), por lo que de estos deberes se deriva la obligación legal de cerciorarse de que cualquier sociedad que administren no sirva para la realización de actividades delictivas. Recordemos que en el caso de los muleros se había negado un deber de diligencia por parte del ciudadano medio de cerciorarse de que no estaba contribuyendo con su intervención a ninguna actividad ilícita. En el caso de los testaferros, por el contrario, sería más evidente que nos encontramos ante un deber especial o intensificado de diligencia, que comprende la obligación de cerciorarse de que la sociedad no está inmersa en una actividad ilícita. Sin embargo, este argumento no es manejado expresamente por las sentencias referidas para el caso de los testaferros.

[46] Al respecto véase, RÁGUES I VALLÈS, La ignorancia deliberada en el Derecho penal, Atelier, 2008, 21-61; tb. InDret, 3, 2008, 15 ss. y n. 18.

Como se puede apreciar, el tema plantea una serie de complejidades que no se pueden desarrollar en estas pocas páginas y que sobrepasan con creces la extensión recomendada para esta contribución, por lo que aquí me limitaré sólo a dar unos cuantos apuntes o reflexiones iniciales sobre la cuestión.

En primer lugar considero que hay supuestos que por sus características, como p. ej. el ingreso de grandes cantidades de dinero en la sociedad sin actividad o recibir comisiones por transferir exclusivamente y de igual manera grandes cantidades de dinero sin saber de dónde vienen y a dónde van y obtener una comisión por ello, deben levantar suspicacias a cualquier persona que se tope con dicha situación y ofrecimiento y su deber inmediato es indagar sobre ello, de modo que si no lo hace, está aceptando el riesgo de verse inmiscuido en una conducta ilícita de tercero. Con la teoría del consentimiento restringida[47] no habría grandes problemas en afirmar el dolo eventual.

En segundo lugar, se ha enfocado la atención en exceso en la ignorancia deliberada en este grupo de casos y se ha desenfocado el fondo. Esa actitud de ignorancia deliberada es un indicio más[48], un indicativo que sumado al resto de datos o factores del supuesto concreto en este grupo de casos viene a demostrar que el interviniente actúa con dolo eventual o imprudencia, pues mantenerse en el desconocimiento buscado en conductas con un significado social inicial neutro, como son una transferencia o la administración de la sociedad, sin un elemento subjetivo claro va a dificultar en el futuro ostensiblemente su imputación, y el interviniente o favorecedor busca entonces de propósito alcanzar esa atmósfera de ambigüedad a través de la ignorancia deliberada[49].

---

[47] Así p.ej. KÜPPER, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW, 100, 1988, 766, 774 s.; LUZÓN PEÑA, Dolo y dolo eventual: reflexiones, LH-Barbero, I, 2001, 1125 ss. (1109 ss.); Curso de DP, PG I, 1.ª, 1996, 426 s.; Lecciones PG, 2.ª, 2012, 16/76 ss.; MAQUEDA ABREU, La relación "dolo de peligro"–"dolo (eventual) de lesión", ADPCP, 1995, 419 ss., 436.

[48] MIRÓ, RECPC, 15-12, 2013, 49, en donde afirma que "son clara mayoría las resoluciones del TS en las que la doctrina de la ignorancia deliberada no suponen la sustitución del conocimiento como elemento del dolo sino, más bien, una forma de argumentar sobre la presencia de aquél a partir de los indicios existentes y pese a la declaración del procesado de 'actuar sin saber' ".

[49] En mi opinión, no es un supuesto de ignorancia deliberada el que plantea RAGUÉS, InDret, 3, 2008, 18-19, con la intención de demostrar que la ignorancia deliberada no equivale al dolo eventual. Describe RAGUÉS el supuesto de un encargado de seguridad de un tren, que ante un ruido extraño en la locomotora, renuncia a cerciorarse de las condiciones en las que se encuentra el sistema de frenado. Y como este supuesto encajaría más en la imprudencia que en el dolo eventual, concluye que es evidente que la ignorancia deliberada no equivale al dolo eventual. Aunque estoy de acuerdo con la consecuencia de que no hay equivalencia, como he adelantado, este no es un supuesto de los de ignorancia deliberada, en los que el sujeto favorecedor se mantiene en el desconocimiento para en el fondo evitar una posible imputación. En el supuesto planteado por RAGUÉS el sujeto está renunciando a tomar medidas de control

Es evidente, en tercer lugar, que si se sigue la teoría del doble dolo para el caso del partícipe, la actitud del ignorante deliberado sesga de raíz la existencia de dolo en el partícipe. Como nuestro CP no contiene una descripción del dolo, se puede interpretar sus elementos o adaptarlos a la estructura o complejidad de los nuevos fenómenos delictivos. La sociedad está afectada y las interactuaciones que residen en ella no son sencillas. Si el nivel de conocimiento es elevado para afirmar el dolo, es claro para el sujeto que interviene en una operación fenomenológicamente compleja y segmentada que cuanto menos sepa, más difícil será su imputación. Querer mantener los cánones interpretativos del dolo de un tipo de delincuencia, llamémosle tradicional, es negarse a adaptar las estructuras a los nuevos fenómenos delictivos. Ello se puede hacer sin transgredir principios esenciales como la presunción de inocencia o el *in dubio pro reo.* Ahí reside el reto. Y atendiendo precisamente a estos principios hay que afirmar que la ignorancia deliberada es una actitud subjetiva que sirve para burlar el sistema punitivo, pero no equivale al dolo eventual. No obstante, creo que exigiendo que el interviniente tenga un conocimiento y tome consciencia, por la inferencia de una serie de indicios, de que puede estar incluido dentro de una trama delictiva si actúa, sería suficiente para afirmar el dolo eventual o la imprudencia, sin necesidad de que fijemos un nivel de concreción que exija que tenga que saber a qué delito preciso[50] está colaborando[51] o quiénes conforman la red delictiva en la que el sujeto se inserta[52]. No estoy apostando

---

que pueden conjurar un posible riesgo. Efectivamente que hay un elemento de conexión, que es el mantenerse en la ignorancia, pero en un caso es ignorancia deliberada en un contexto en el que el sujeto sospecha y tiene los conocimientos suficientes para considerar que puede estar integrado en un rama delictiva; y en el otro es la ignorancia voluntaria y negligente, no deliberada, en un contexto en que hay un deber de examen interno y externo que omite cumplir, infringiendo una norma de cuidado claramente.

[50] No es difícil imaginarse en los supuestos propuestos, cuando el sujeto, cibermulero o testaferro, se percate de determinadas circunstancias y recopile datos, que el delito al que se está favoreciendo tiene naturaleza económica o patrimonial y que el dinero o activo tiene un origen ilícito. Y ya dentro de este grupo de delitos, puede estar colaborando en una estafa, en un blanqueo de capitales, en un alzamiento de bienes, etc., por lo que esta representación que se hace el sujeto encaja en los esquemas del dolo alternativo, en este caso eventual. Ahora bien si no ha habido ningún dato o circunstancias externa que haya provocado en el sujeto representación alguna, evidentemente no habrá posibilidades de aplicar el dolo alternativo. Cfr. RAGUÉS, InDret, 3, 2008, 13.

[51] Cfr. MIRÓ, RECPC, 15-12, 2013, 50 y la STS 258/2007, 19-VII, a la que alude; y siguiéndola considera este autor que el dolo del partícipe "requiere el conocimiento de la propia acción y, además, de las circunstancias esenciales del hecho principal que ejecuta el autor, en el que colabora. Dicho con otras palabras: el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc., será ejecutado el hecho".

[52] Cfr. STS 533/2007, 12-VI y el desarrollo que de ella hace MIRÓ, RECPC, 15-12, 2013, 47-48, en donde se indica que el Tribunal considera que los partícipes conocen en lo necesario todo el operativo cuando saben de una apertura de cuenta, una transferencia por personas desconocidas y que el origen de tales fondos devenía de auténticas cuentas de otros titulares a las que se accedió de modo fraudulento y "la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad, porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya

por desnaturalizar las estructuras del delito y en concreto el concepto de dolo, pero sí reinterpretarlo y adaptarlo. En consecuencia, hay que reevaluar el nivel de conocimiento que se debe exigir para afirmar el dolo en esos casos concretos que presentan unas características distintas a la delincuencia tradicional. Y en cuanto al elemento volitivo en el dolo eventual no es necesario tampoco que el favorecedor tenga que querer y desear que el autor cometa un delito en concreto, sino que habrá voluntad, porque no puede excluir su aceptación, desde el momento que decide actuar conociendo que hay grandes probabilidades de que esté facilitando el hecho delictivo de otro[53].

Por último, considero que nace un deber de diligencia o de cuidado[54] desde el momento en que el sujeto es consciente de que puede estar favoreciendo el hecho delictivo de un tercero. Este deber de diligencia consiste en cerciorarse de que su conducta no favorece ningún tipo de conducta de tercero, Al contrario de lo que sostiene alguna línea jurisprudencial, el ciudadano, en la sociedad del riesgo y globalizada, tiene un deber de diligencia intensificado ante la existencia de determinados indicios. Y en el caso del testaferro me parece más evidente este deber.

* * * * * *

supieran, no quisieran saber –ignorancia deliberada-, o les fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron".

[53] Cfr. sobre el elemento volitivo y en sentido similar, MIRÓ, RECPC, 15-12, 2013, 44 ss.

[54] Este deber de diligencia intensificado desde mi punto de vista debe formar parte tanto de la conducta dolosa como, en el caso de que sea punible, imprudente.

La influencia del tiempo en el Derecho penal de menores: caducidad

∽Prof. Dra. D.ª M.ª José Trenzado Asensio∼
Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona. Socia de la FICP.

En el habitual quehacer de lectura de jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, llamó, poderosamente, mi atención la reciente Sentencia nº 146/2014 de fecha 14 de febrero de 2014 (Roj: STS 864/2014), de la que figura como Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. En la misma se aborda un tema poco frecuente como es el de apreciar la institución de la caducidad, razón sustantiva de la acción penal, referida, en este caso, a la Justicia de Menores.

La Sentencia parte de los Hechos Probados, fijados por el tribunal de instancia (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22ª[1]) al ser competente para el enjuiciamiento de, primero, Diligencias Previas, después Sumario, procedentes del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (nº 3 de Barcelona), incoadas contra el acusado por un presunto delito de violación (art. 178 y 179 CP) y quebrantamiento de medida cautelar (art. 468.2 CP), así como una falta de hurto (art. 623.1 CP).

Los Hechos Probados, según la Sentencia, fueron los siguientes:

> El Juzgado de menores nº 1 de Barcelona dictó auto de 13 de febrero de 2009, en pieza separada de medidas cautelares del expediente nº 66/2009, decretando la medida cautelar de prohibición de aproximarse o comunicarse, el entonces menor, Miguel Ángel "a la víctima Agustina, a su domicilio, lugar de trabajo o aquellos otros donde desenvuelve su vida cotidiana, bajo la que quedará sometido hasta la celebración de Audiencia". Esta resolución fue notificada personalmente a Miguel Ángel el día 26 del mes en que se dictó.
>
> La tarde-noche del día 8 de mayo de 2011, Miguel Ángel, entonces mayor de edad y sin antecedentes penales, estuvo con Agustina, con la que había mantenido hasta meses antes relación de pareja, y con otras dos personas en el parque "el nen de la rutlla", de Barcelona, donde los cuatro estuvieron consumiendo bebidas alcohólicas, y en su momento en que Miguel Ángel y Agustina quedaron solos mantuvieron relaciones sexuales completas.

Agustina presentó denuncia contra Miguel Ángel por los presuntos delitos de violación, quebrantamiento de medida cautelar (al acercarse Miguel Ángel, a quién se había impuesto, siendo menor de edad, la medida cautelar de prohibición de aproximarse o comunicarse con Agustina) y falta de hurto.

La Audiencia absolvió al acusado, del delito de violación y falta de hurto por falta de prueba, y en cuanto al delito de quebrantamiento de medida cautelar, entendió que el problema radicaba "en la acreditación de la vigencia de las medidas al tiempo de los

[1] Roj: SAP B 7183/2013, de 18 de junio de 2013.

hechos enjuiciados", concluyendo que procedía la absolución por este delito, "no teniendo por acreditada la vigencia de las medidas el 8 de mayo de 2011". Las medidas habían sido impuestas en el expediente (incoado en la Jurisdicción de Menores) por delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP , en el marco de un delito castigado con pena de hasta tres años de prisión y, por tanto, delito menos grave (artículos 13.2 y 33.3.a CP). Señalaba la Audiencia que

> … lo razonable es pensar que más de dos años después de la adopción de las medidas, el 8 de mayo de 2011, o se había celebrado la audiencia, hasta cuya celebración estaban vigentes las medidas en virtud del auto de 13 de febrero de 2009, o el expediente había estado paralizado unos dos años, en cuyo caso se habría producido la prescripción de los hechos, que al tratarse de delito menos grave tenía un plazo prescriptivo de un año (art. 15,4º de la Ley Orgánica 5/2000), cuya prescripción habría producido la perdida de la vigencia de las medidas cautelares.

Contra dicho pronunciamiento se interpuso, por el Ministerio Fiscal, recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional. Anticipamos ya que la Sala 2ª declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Por un lado, infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECr por error en la valoración de la prueba (*error facti*) referido al oficio expedido por el Secretario del Juzgado de Menores donde señalaba que la medida estaba vigente, y por otro, infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr, por indebida aplicación del tipo penal relativo al delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto en el art. 468.2 CP (*error iuris*), al entender que si estaba vigente, lo sabía, y la quebrantó, incurrió en ese tipo penal.

La defensa de Miguel Ángel impugnó ambos motivos.

Señala la Sentencia, que comentamos, en su Fundamento de Derecho primero que

> [l]os hechos modificados en la forma que se interesa en el primer motivo (constatación de la vigencia de la orden de alejamiento impuesta como medida cautelar en el Juzgado de Menores) arrastrarían la condena por un delito del art. 468 (quebrantamiento medida cautelar).

Sin embargo, la Sala Segunda concluye, que en el caso analizado no existen elementos contradictorios pues la prueba que se esgrime es documental. En concreto,

> … un oficio expedido por el Secretario del Juzgado de Menores expresando de forma clara y rotunda que la medida cautelar estaba vigente en la fecha que figura en la comunicación y por tanto también en la fecha en que se produjeron los hechos denunciados.

En efecto, la Sentencia analizada distingue entre el sentido formal o externo de la anterior manifestación y el sentido material de la misma. Siendo este último sentido el que nos interesa, cuando el ponente plantea la cuestión de si "¿estaba materialmente

vigente la medida de alejamiento o había de considerarse "caducada" *ope legis* como consecuencia del transcurso de su plazo máximo legal?" (FJ 8º).

En este sentido es de destacar la reflexión del ponente, concretada en una serie de "eslabones", siendo tales:

- **Primero, afirma que "ni la medida de alejamiento ni la de libertad vigilada impuestas con carácter cautelar en el procedimiento de menores tienen señalado un plazo legal máximo"[2].**
- **Segundo, "Sin embargo la duración máxima de esas medidas impuestas ya con carácter definitivo es de dos años como proclama el art. 9.3 LORPM"[3].**
- **Tercero, "es de lógica aplastante estimar que una medida cautelar no puede tener una duración superior al tope máximo legal de la medida definitiva"[4].**

[2] En efecto, señala que "La prohibición de acercamiento y de comunicación fueron introducidas en el elenco del art. 28.1 LORPM en una de las últimas reformas de la legislación de menores (LO 8/2006). Antes, ese alejamiento podía integrarse en una medida de libertad vigilada cautelar como regla de conducta (Consulta 3/2004 de 26 de noviembre de la Fiscalía General del Estado que sugería esa vía: art. 7.1 h) LORPM). Tras esa reforma ha cobrado la medida autonomía y sustantividad. Ya no es una regla embebida en la genérica libertad vigilada. Puede ser impuesta autónomamente. Así se ha hecho aquí. El Juzgado de Menores acordó dos medidas cautelares independientes: libertad vigilada y "alejamiento". A diferencia del internamiento cautelar que tiene unos periodos máximos establecidos en la Ley, para otras medidas cautelares no existen esas previsiones garantistas. Tan solo se dice que pueden prolongarse hasta que recaiga sentencia firme (art. 28.1 LORPM).
Se explica esa anomía por su menor contenido aflictivo y restrictivo. La Medida Cautelar de Internamiento, tiene un plazo máximo de 6 meses, prorrogables otros 3 -art. 28.3 LORPM-. Igual sucede en la legislación procesal penal común: hay plazos máximos para la prisión preventiva, pero no para otras medidas cautelares."

[3] "... Las medidas de Libertad Vigilada y de Prohibición de aproximación o comunicación no pueden exceder de 2 años. En la práctica, esas medidas cautelares no privativas de libertad ex art. 28 LORPM suelen establecerse para el tiempo de tramitación del expediente. Posiblemente en la mentalidad del legislador no se manejaba la posibilidad de que un expediente pudiese alargarse más de esos dos años en el tiempo, lo que explica la ausencia de toda previsión sobre un tiempo máximo. De hecho, aunque la LORPM no establece un período máximo de duración del expediente como se ha reclamado por algunos (vid. art. 40.1 b) III de la Convención de Derecho del Niño y 20.1 Reglas de Beijing), desde la doctrina se ha llegado a sugerir que el proceso penal de menores no puede prolongarse más allá del tiempo previsto para el internamiento cautelar. Esto no deja de ser una voluntarista y bienintencionada exégesis que sobrepasa la dicción de la Ley; pero ilumina y es elocuente en cuanto a la necesidad de que esa deseable celeridad de todo procedimiento cobre más intensidad en el destinado a menores."

[4] "... Esta conclusión del recurrido puede ser compartida. Incluso puede extenderse al procedimiento penal de mayores: aunque no existan limitaciones temporales específicas, las medidas cautelares personales diferentes a la prisión (con plazos propios legalmente fijados) han de tener como duración irrebasable el máximo de la pena de igual naturaleza anudada al delito. Una medida cautelar de privación del permiso de conducir (art. 529 bis LECrim), no solo por un básico sentido común, sino también en virtud de una interpretación sistemática de la ley, no puede prolongarse nunca más allá de ocho años (art. 33.3.d) CP); ni en concreto más allá del máximo previsto para el delito que se imputa (v.gr. cuatro años si es un delito del art. 152 CP). Si el legislador no ha establecido explícitamente esos límites temporales es porque da por supuesto que un procedimiento nunca se va a prolongar tanto tiempo (en previsión tan idílica y desmentida por la praxis como la contenida en el art. 324.1 LECrim). La clausura temporal de un establecimiento en el caso de personas jurídicas imputadas adoptada como medida cautelar (art. 33 párrafo final CP en relación con el art. 544 ter LECrim) tampoco puede rebasar el tiempo máximo

- **Cuarto, "si el máximo de una medida de libertad vigilada o de «alejamiento» es de dos años, como medidas cautelares ese es también el tope que no puede ser rebasado por imperativo de la ley y sin necesidad de declaración expresa"[5].**

- **Quinto, "la consecuencia es que como en este caso habían transcurrido más de dos años desde la imposición de la medida cautelar, ésta había caducado; había quedado sin efecto ope legis"[6].** Solución infrecuente, de ahí lo novedoso de la Sentencia que mediante el presente comentario tratamos de poner de relieve. Toda vez que implica un avance muy considerable en el reconocimiento de los Derechos Humanos del menor, especialmente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Debemos recordar, que la caducidad protege un interés general[7], que es el interés comunitario en una pronta certidumbre de una situación jurídica, que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación. Se considera automática, y el juez la puede apreciar de oficio, aunque el interesado no la alegue.

- **Sexto, "se distingue el "alejamiento" de la libertad vigilada en un punto importante".**

  Razona la Sentencia que la libertad vigilada

previsto para esa pena como ha hecho notar la doctrina. No existe un bloqueo temporal explícito, pero sí uno inmanente a la propia provisionalidad de la medida y a su relación con las penas ("medidas" en el caso del procedimiento de menores), con las que se relacionan (arts. 58 y 59 CP y art. 28.5 LORPM). Si esas penas y/o medidas definitivas atienden a criterios de proporcionalidad y legalidad, quedarían pulverizados ambos principios de rango constitucional si admitiésemos duraciones superiores de una medida, cuyo contenido es idéntico, por la puerta falsa y paradójica de establecerlas con carácter "provisional". Constituiría una burla. El principio de legalidad se vulneraría por la imposición de una pena que sobrepase en un solo día la duración prevista en el Código Penal; pero no habría obstáculo alguno para una duración mayor cuando la medida, sustancial y materialmente idéntica, es cautelar. Es contradictoria la razón de que como en este caso es "cautelar", su duración puede rebasar todos los máximos legales. Como es "provisional" puede prolongarse mucho más tiempo que la "definitiva". No es asumible esa tesis."

[5] "... Eso es especialmente predicable de la medida de prohibición de aproximación o comunicación que no comparte con otras medidas el contenido educativo presente en toda la legislación de menores y que podría alentar otras interpretaciones más flexibles. Por eso precisamente la Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado, de 23 de noviembre, (ap. VI.2), recomienda la combinación del "alejamiento" con la libertad vigilada para dotar a aquél de contenido "educativo"".

[6] "... El Auto lleva fecha 13 de febrero de 2009 y los hechos suceden el 8 de mayo de 2011. Esa expiración no requeriría una decisión judicial expresa dejando sin efecto la medida (cuya ausencia es lo que constata el secretario), a diferencia de lo que sucede con la prisión (que exige un acto positivo de puesta en libertad) y a semejanza de lo que sucede en otros casos (vencimiento del plazo máximo de detención; prescripción de la pena; llegada del término de cumplimiento de una pena privativa de derechos; o del plazo que explícitamente se fijó para una medida de alejamiento)."

[7] DIEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, Sistemas de Derecho Civil, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2013, p. 440.

> … podría prolongarse cronológicamente aunque no materialmente, cuando hayan existido incumplimientos (el máximo se refiere al tiempo de efectiva aplicación y no al puro transcurso del tiempo).
>
> El alejamiento en cambio no es susceptible en principio de esas "prórrogas" por incumplimiento (Circular 1/2009 de 27 de abril de la Fiscalía General del Estado). Existirá, en su caso, un delito de quebrantamiento de condena; cabrá su sustitución por otra medida (art. 50 LORPM) pero no cabe la prórroga de la medida (cautelar o definitiva). Precisamente por ello el cómputo de la medida cautelar de libertad vigilada para la medida definitiva no siempre obedece al automatismo o a una ecuación exacta. Pero eso carece de toda operatividad en el alejamiento. No cabe elucubrar con incidencias de ese género que no tendrían traducción en el plazo temporal.

Concluye la Sentencia que se comenta que

> [l]a secuela de esta escalonada argumentación es cristalina: la medida cautelar de alejamiento en el momento en que sucedieron los hechos objeto de enjuiciamiento no estaba vigente; no por haber sido formalmente revocada, ni por haber llegado la audiencia, ni por haberse declarado la prescripción del delito (todas esas vicisitudes vienen desmentidas por el oficio del Secretario Judicial), sino por haberse producido su expiración por llegada de un plazo máximo que le es inherente; apreciación que es compatible con ese oficio en un recto entendimiento de la aseveración del Secretario.

Por tanto, "el acusado habría cometido un delito putativo. Pensaba que estaba violando una prohibición impuesta judicialmente, pero esa prohibición realmente había perdido eficacia jurídica. Estamos ante lo que se ha llamado un «error al revés»".

Así pues:

> Una medida "caducada", aunque formalmente no haya cesado, no es presupuesto legítimo del delito de quebrantamiento de condena. No basta la vigencia "formal" de la medida. Ni siquiera cuando el acusado cree que lo está. Es inherente a toda medida cautelar de menores distinta al internamiento su cese automático a los dos años aunque no se haya establecido así expresamente y se haya indicado tan sólo que su vigencia se mantiene hasta la audiencia o hasta la sentencia como permite el art. 28 de la Legislación especial.

Para finalizar, la Sentencia analiza, en el FJ décimo, la cuestión planteada por la defensa, consistente en que "el art. 10 de la ley especial autoriza en determinados casos la imposición de medidas con duraciones por encima de los dos años".

En efecto:

> El tope general de los dos años del art. 9.3 tiene excepciones (art. 10 LORPM) que dependen, de la edad del menor al tiempo de cometer los hechos y del delito reprochado. Antes de la reforma propiciada por la LO 8/2006 de 4 de diciembre era requisito para la ampliación del límite máximo un informe favorable del Equipo Técnico orientando esa duración más prolongada. Desde entonces no lo es. La prolongación es facultativa (aunque imposible si no la reclama el Fiscal: art. 8.1 LORPM). No es preceptiva (Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007 -ap. III.4-). Debe atender al interés del menor.
>
> Para que sea legítima esa duración de la medida definitiva por encima de los dos años es necesario que se trate de uno de los supuestos previstos en el art. 10 LORPM que se remite al art. 9.2. Se contemplan tres posibilidades alternativas: que se trate de un delito grave; que siendo menos grave se haya empleado violencia o intimidación o haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las personas; o que se trate de delincuencia "grupal" o ligada a bandas u organizaciones. Aquí concurre el segundo de esos supuestos: la imputación versaba sobre un delito del art. 173 CP en el que uno de los requisitos típicos es la existencia de "violencia". No puede excluirse la

violencia "psíquica" del ámbito de aplicación del precepto de la ley especial, por más que su dicción evoque otros tipos del Código Penal donde se utiliza idéntica locución presentado como hermanadas violencia e intimidación (el robo es el ejemplo más característico).

Además de ese requisito formal, hacen falta unos presupuestos procesales: se hace preciso que se produzca una audiencia del Equipo Técnico y del Ministerio Fiscal y partes personadas.

No se piensa en la genérica audiencia que se ha de producir siempre, sino una específica sobre la conveniencia de esa ampliación de los plazos máximos. Solo de esa forma cobra sentido esa previsión singularizada (vid. art 35 LORPM).

Sin embargo, la Sentencia recoge un dato fundamental, y es que

[e]sa eventual mayor duración solo está prevista para la medida definitiva[8]: la que llega después de la audiencia. Por tanto, no puede condicionar el plazo máximo natural de la medida cautelar. Podría admitirse en los supuestos en que cabe una duración mayor de la medida definitiva una prórroga de la cautelar por encima de los dos años, pero siempre mediante resolución expresa y cubriendo también los presupuestos procesales nucleares de la medida definitiva (petición del fiscal y audiencia del equipo técnico). Pero nunca es admisible esa prórroga como mera inercia de la medida adoptada dos años antes y no revocada, a la que se señala un plazo rutinario, el habitual de "hasta que se produzca la audiencia" o "hasta la sentencia".

Por tanto aun pudiendo admitir que la legislación de menores habilita para medidas cautelares distintas al internamiento por duración superior a dos años, habrá que puntualizar que eso precisará una decisión ad hoc, específica, del órgano jurisdiccional. De no hacerse así, el examen y exégesis combinada de los distintos preceptos lleva a entender que por ministerio de la ley la medida cautelar cesa cuando su duración alcanza los dos años establecidos como límite máximo ordinario de las medidas que pueden acordar los jueces de menores.

Que la medida definitiva pueda ser la de internamiento, más gravosa que el alejamiento, no puede servir de falaz argumento para la prolongación sine die de esas medidas no privativas de libertad aduciéndose que luego podrán servir para reducir el tiempo efectivo de posible internamiento (art. 28.5 LORPM). La abonabilidad a posteriori, no implica la intercambiabilidad o fungibilidad a priori. Es derivación del principio de legalidad en materia procesal que el que puede lo más (un internamiento cautelar de hasta nueve meses) no puede necesariamente lo menos (una libertad vigilada cautelar por más de tres años).

De cuanto antecede sólo nos resta, reiterar la trascendencia de la Sentencia comentada.

* * * * * *

[8] El subrayado es nuestro.

3. Recensiones

Recensión del libro ROXIN, Claus, Derecho penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito, Civitas/Thomson Reuters, 2014

~Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Francisco Muñoz Conde~
Catedrático de Derecho Penal. Univ. Pablo Olavide. Socio de la FICP.

ROXIN, Claus, Derecho penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, y, conjuntamente con D.-M. Luzón, Marta García Mosquera, María A. Trapero Barreales, Inés Olaizola Nogales, Raquel Roso Cañadillas, Soledad Barber Burusco, Leticia Jericó Ojer, Isabel Durán Seco, Virxilio Rodríguez Vázquez, Silvia Martínez Cantón, José-Zamyr Vega Gutiérrez y Susana Escobar Vélez. Madrid/Navarra, Civitas-Thomson R., 2014, 1069 páginas.

A estas alturas no es necesario destacar la importancia de la obra de ROXIN y la influencia que la misma ha ejercido en la Ciencia del Derecho penal en los últimos sesenta años no sólo en Alemania, sino en otros muchos países, especialmente en los de lengua española, tanto en España, como en todos los países latinoamericanos, incluyendo también a Brasil, en los que ha impartido innumerables conferencias, participado en diversos Congresos y recibido ya veinticinco doctorados honoris causa.

Muchos son también los penalistas hispano parlantes que han estudiado directamente con él desde que se trasladó a la Universidad de Múnich a principios de los años setenta del pasado siglo, después de unos años como Profesor en la Universidad de Gotinga. Innumerable es además el número de penalistas que indirectamente a través de sus trabajos, artículos, libros y monografías, traducidos al español, han adquirido o profundizado sus conocimientos de Derecho penal a través de la obra de Claus ROXIN.

Aun así, una visión global y completa de su obra sólo puede conseguirse a través de su Tratado de Derecho penal (Strafrecht, Allgemeiner Teil), cuyo primer tomo, conteniendo los Fundamentos y la primera parte de la Teoría del Delito, apareció en Alemania hace ya veinte años (2ª.ed.1994, 3ª ed.1997), y fue seguido diez años más tarde por un segundo tomo que contiene las Especiales formas de aparición del delito (2003).

Afortunadamente, la 2ª edición alemana del primer tomo fue ya traducida al español por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y por sus discípulos Miguel DÍAZ Y GARCÍA

CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL y se publicó en 1997, y en las materias que en él se contienen ha sido punto de referencia y cita obligada de todos los que se han ocupado de ellas en los últimos quince años. Pero aún faltaba la traducción del segundo tomo que se ha demorado algunos años más dada la enorme extensión de la misma y la diversidad de temas que en él se tratan, desde la teoría de la autoría y la participación, hasta la del concurso de delitos, pasando por la tentativa y el muy complejo tema de la omisión y de la comisión por omisión. Para poder llevar a cabo tan compleja tarea Diego-Manuel LUZÓN PEÑA ha recurrido a la colaboración de además de los anteriormente citados a su otro discípulo directo José Manuel PAREDES CASTAÑÓN, y a otros discípulos (as) directos o indirectos, cuyos nombres, así como las partes que cada uno ha traducido se mencionan expresamente. Estos otros traductores(as) son: Marta GARCÍA MOSQUERA, María TRAPERO BARREALES, Inés OLAIZOLA NOGALES, Raquel ROSO CAÑADILLAS, Soledad BARBER BURUSCO, Isabel DURÁN SECO, Leticia JERICÓ OJER, Virxilio RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Silvia MARTÍNEZ CANTÓN, José-Zamyr VEGA GUTIÉRREZ y Susana ESCOBAR VÉLEZ. Todos ellos, de un modo u otro, no sólo vinculados con el Profesor LUZÓN, sino también con el propio ROXIN o con su discípulos alemanes, SCHÜNEMANN, WOLTER y BOTTKE.

Lo más difícil ha sido sin duda, además de la traducción misma, la labor de dirección y coordinación que ha llevado a cabo personalmente el Profesor LUZÓN PEÑA, quien en el Prólogo a la versión española explica con todo detalle la génesis y elaboración de esta obra, y la distribución entre los diversos traductores.

En este momento no voy a referirme al contenido de este volumen, cuyo comentario dejo para otra ocasión, sino solamente a la importancia de esta traducción para que todo el mundo, sobre todo para los que no puedan o sólo con dificultades leer directamente en lengua alemana, conozca en su integridad y de una forma sistemática el pensamiento de ROXIN, en las materias en él tratadas. Con ello el Profesor LUZÓN y su escuela hace una contribución impagable para el estudio y el desarrollo de la Dogmática penal alemana en los países de habla española (que igualmente será aprovechada por los de habla portuguesa e italiana), ya que en este tomo igual que en el anterior, ROXIN no sólo expone, como es lógico, su propia concepción en las materias que trata, sino al mismo tiempo, de forma bastante objetiva y equilibrada, las opiniones de otros autores que discrepan de la suya, con lo que el lector tiene una visión global del estado de la cuestión en la doctrina alemana.

Pero, al mismo tiempo, y esto es muy importante destacarlo, el Profesor LUZÓN y su escuela brindan un impagable servicio a la propia Dogmática penal alemana, que sin traducciones como ésta apenas saldría del estrecho ámbito de los países de habla alemana, dada la tradicional indiferencia, injusta, pero cierta, con la que la consideran los países pertenecientes al sistema del Common Law e incluso algunos más cercanos geográficamente como Francia o la misma Italia.

Respecto a la traducción misma poco puedo decir en un momento en el que sólo he podido leer algunas partes. Pero dada la solvencia, buen conocimiento de la lengua y de la dogmática penal alemana y la experiencia del Profesor LUZÓN y de los discípulos que han colaborado en la traducción no me cabe la menor duda de que la traducción será excelente, lo que se puede ver ya en las notas que se añaden en las que se aclaran algunos términos de difícil traducción por falta de equivalencia en el idioma español. También muy interesantes son las notas que se añaden en algunos pasajes para mostrar algunas discrepancias o matizaciones que hacen los respectivos traductores a algunas de las ideas expuestas por ROXIN, o sobre particularidades de la legislación, jurisprudencia o doctrina españolas.

Con ello se culmina una labor de años en los que el Profesor LUZÓN, ya precoz traductor de los primeros trabajos de ROXIN a principios de los años 70 (véase por ejemplo, su traducción de los "Problemas fundamentales del Derecho penal", 1976) con una paciencia y constancia admirables, ha mostrado que por encima de todo, del a veces escaso reconocimiento que una labor de este tipo tiene y de los injustos ataques personales que han recibido él y algunos miembros de su escuela por parte de los que debían reconocer más que nadie la labor que ha realizado durante todos estos años y su dedicación exclusiva a la Universidad, están la honestidad y la coherencia con las propias convicciones, que han convertido al Profesor LUZÓN en uno de los mejores, si no en el mejor conocedor y cultivador de la Dogmática penal que ha tenido España en los últimos cincuenta años.

Para mí personalmente ha sido especial motivo de satisfacción, y creo que también para el mismo Claus ROXIN, que la primera presentación de esta traducción se haya llevado a cabo en la Universidad Pablo de Olavide el 12 de noviembre del 2014, el día antes de que se celebrara la solemne ceremonia de la concesión por esta Universidad del doctorado honoris causa al Profesor Dr., muchas veces doctor honoris causa, Claus ROXIN.

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

1. España

Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas[1]

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La propuesta de Código Procesal Penal presentado por la Comisión Institucional para la Elaboración de un Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, actualmente sometido a información pública y debate, plantea un cambio radical del sistema de justicia penal cuya implantación requiere un amplio consenso, que parece que podrá fraguarse en un horizonte temporal cercano. En tanto dicho debate se mantiene, en la confianza de encontrar el máximo acuerdo posible sobre el nuevo modelo procesal penal, resulta preciso afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal y que son: i) la necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas; ii) el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea; iii) la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos garantizados por el artículo 18 de la Constitución; iv) la previsión de un procedimiento de decomiso autónomo; v) la instauración general de la segunda instancia; y vi) la reforma del recurso extraordinario de revisión.

II

Existen ciertas medidas, de sencilla implantación, que permiten evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes: i) la modificación de las reglas de conexidad y su aplicación en la determinación de la jurisdicción y la competencia de los tribunales; ii) la reforma del régimen de remisión por la Policía Judicial a los Juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin

[1] Aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2014.

autor conocido; iii) la fijación de plazos máximos para la instrucción; y iv) la regulación de un procedimiento monitorio penal.

La reforma de las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que los mismos tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los que han sido denominados macroprocesos. La acumulación por conexión solo tiene sentido si concurren ciertas circunstancias tasadas que se han de expresar en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable. La simple analogía o relación entre sí no constituye una causa de conexión y solo justifica la acumulación cuando, a instancia del Ministerio Fiscal, el Juzgado lo considere más conveniente por razones de economía procesal, siempre que por ello no se altere la competencia. Así, además, se evitará el frecuente trasiego de causas entre distintos Juzgados a la búsqueda del que deba conocer del asunto por una simple coincidencia de la persona a la que se atribuyen distintos delitos.

También constituye una medida de agilización sencilla de llevar a la práctica la consistente en evitar el uso irracional de los recursos humanos y materiales de la Administración de Justicia para gestionar los atestados policiales sin autor conocido, que dan lugar en los Juzgados a innecesarias aperturas de diligencias que son de inmediato archivadas previo visto del Ministerio Fiscal. Se trata de un trabajo superfluo y perturbador. Para garantizar un adecuado control judicial basta con que dichos atestados sean conservados por la Policía Judicial a disposición de Jueces y Fiscales y que se eviten investigaciones policiales autónomas más allá del plazo de setenta y dos horas desde la apertura del atestado.

Por otro lado, siguiendo la propuesta de la Comisión Institucional antes mencionada, se sustituye el exiguo e inoperante plazo de un mes del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por plazos máximos para la finalización de la instrucción realistas y cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales. Se distinguen los asuntos sencillos de los complejos y se prevé la posibilidad de su prórroga con mucha flexibilidad, pero de forma que finalmente exista un límite temporal infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas hayan de concluir y adoptarse la decisión que proceda, de continuación del procedimiento ya en fase intermedia o sobreseimiento libre o provisional.

Adicionalmente, como también propone la Comisión, se establece el proceso por aceptación de decreto, un monitorio penal que permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos previstos y el sujeto pasivo da su conformidad, con preceptiva asistencia letrada. Siguiendo un modelo de probado éxito en el Derecho comparado, se instaura un mecanismo de aceleración de la justicia penal sumamente eficaz para descongestionar los órganos judiciales y dispensar una rápida respuesta

punitiva ante delitos de escasa gravedad cuya sanción pueda quedar en multa, totalmente respetuoso con el derecho de defensa.

III

Resulta necesario transponer en el ordenamiento interno la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Para ello se modifican los artículos 118, 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la introducción de las previsiones que el Derecho de la Unión Europea requiere, entre las que destaca el régimen de asistencia de Abogado al detenido.

Para evitar una implantación asistemática y fragmentaria de las medidas, se efectúa una completa regulación de las exigencias del derecho de defensa, que no puede quedar circunscrito a las personas físicas, sino que se extiende a cuantas entidades pueden ser penalmente responsables y contra las cuales puede dirigirse el proceso (artículos 31 bis y 129 del Código Penal).

IV

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por más meritorio que haya sido el esfuerzo de Jueces y Tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales se han encargado de recordar. Recientemente el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde i en la privacidad del sujeto pasivo de un proceso penal que, hoy por hoy, carecen de cobertura y cuya subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable. Si a ello se añade el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea, que ha declarado la nulidad de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, se estará en condiciones de concluir la justificación de esta reforma.

Nuestro sistema está sumido en la actualidad en un estado de interinidad e insuficiencia que exige de los poderes públicos soluciones legislativas urgentes. Solo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal.

La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas es objeto de atención en un nuevo capítulo que se integra en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se ha reordenado la sistemática tradicional de ese Título con el fin de dar cabida a la inaplazable regulación de esta materia. Se aprovecha así un esquema formal histórico que, pese a los problemas prácticos derivados de su obsolescencia, cuenta con la ventaja de haber sido objeto de frecuente atención por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se ha estimado oportuna la proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la validez del acto de injerencia. La reforma opta, frente a otros modelos comparados que acogen una enumeración casuística de los delitos que autorizan este medio de investigación, por exigir la concurrencia, no cumulativa, de cualquiera de los tres requisitos que define el artículo 588 bis b. El primero de ellos, opera como una limitación genérica, de carácter cuantitativo, ligada a la gravedad de la pena –delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión. Junto a este presupuesto se añaden otros tres: a) que se esté en presencia de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; b) que se esté ante delitos de terrorismo; c) que se trate de delitos cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación.

La reforma pretende completar las perturbadoras lagunas del actual artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la nueva regulación se confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal. Las dificultades asociadas a ese vacío se han visto multiplicadas en la práctica por una interpretación jurisprudencial de la legislación llamada a reglar la obligación de las operadoras de conservar los datos generados por las comunicaciones electrónicas, que ha degradado algunos de los extendidísimos instrumentos de comunicación telemática –por ejemplo, los mensajes de SMS o el correo electrónico a la condición de aspectos accesorios, de obligado sacrificio siempre que se adopte una decisión jurisdiccional de intervención telefónica. Frente a esta concepción, el nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Pero somete la interceptación de todas ellas –en su propia y diferenciada instrumentalidad a los principios generales que el texto proclama. Se pretende con ello que sea el propio Juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. Es decir, tendrá que motivar, a la luz de aquellos principios, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los

SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional.

La reforma ha estimado oportuno no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia.

Se establece un plazo de tres meses como duración máxima inicial de la intervención, plazo que es susceptible de ampliación y prórroga previa petición razonada por períodos sucesivos de igual duración, hasta un máximo temporal de dos años, siempre que subsistan las causas que motivaron aquélla. De esta forma se busca un equilibrio entre la necesidad de valerse de estas diligencias para la investigación de los delitos más graves para la sociedad y la importancia de definir unos límites cronológicos que no prolonguen de forma innecesaria la interferencia de los poderes públicos en la privacidad de los ciudadanos afectados por la medida.

Con el fin de asegurar la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición del Juez, se impone la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica que garantice la información volcada desde el sistema central. Esta medida es paralela a la exigida en otros órdenes jurisdiccionales para la plena validez de los documentos aportados al proceso en formato electrónico y acoge una línea jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

El texto incorpora ciertos límites a la posibilidad de utilización de las grabaciones en un proceso distinto a aquel en el que se hubiera acordado la medida. Se trata con ello de asegurar la vigencia, siempre y en todo caso, del principio de proporcionalidad, autorizando su utilización tan solo para la investigación de un delito cuya gravedad habría permitido la adopción de la medida restrictiva. Se completa la regulación con un precepto destinado a fijar los términos del borrado y eliminación de las grabaciones originales, una vez se ponga término al procedimiento. Se pretende con ello evitar toda difusión de un material que, por su propio contenido, podría dañar de forma irreparable la intimidad del afectado.

En la investigación de algunos hechos delictivos, la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados, puede resultar de una importancia decisiva. La reforma acoge el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, e impone la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados. Su incorporación al proceso solo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones. Se da un tratamiento jurídico individualizado al acceso por agentes de policía al IMSI, IMEI, dirección IP y otros elementos de identificación de una determinada tarjeta o terminal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya consolidada sobre esta materia inspira las soluciones que ofrece el texto legal.

La experiencia demuestra que en la investigación de determinados delitos la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede resultar indispensable. Se trata de una materia hasta ahora ausente de la regulación del proceso penal y cuyo alcance se aborda ahora con sujeción a dos ideas clave. La primera, la exigencia de que sea el Juez de Instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida.

También aborda la reforma la regulación de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. La incidencia que en la intimidad de cualquier persona puede tener el conocimiento por los poderes públicos de su ubicación espacial, hace que la autorización para su práctica se atribuya al Juez de Instrucción.

La ley pretende acabar con otro vacío normativo, actualmente abandonado a una praxis no siempre acorde con los dictados constitucionales. Se trata del registro de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo y el registro remoto de equipos informáticos. Respecto del primero de ellos, la reforma descarta cualquier duda acerca de que esos instrumentos de comunicación y, en su caso, almacenamiento de información, son algo más que simples piezas de convicción. De ahí la exigente regulación respecto del acceso a su contenido. Por lo que afecta al registro remoto – diligencia ya presente en buena parte de las legislaciones europeas el intenso grado de injerencia que implica su adopción justifica que incluso se refuerce el ámbito objetivo de la medida.

V

La Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea exige a los Estados miembros articular cauces para su implementación, en especial para permitir la efectividad de las nuevas figuras de decomiso. Se regula así un proceso de decomiso autónomo que permita la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado. Esta regulación ha de ponerse en contexto con las modificaciones del decomiso que por su parte introduce la reforma del Código Penal.

VI

Pese a que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las oportunas previsiones orgánicas para la generalización de la segunda instancia en el proceso penal, en desarrollo del derecho reconocido por del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual todo condenado por delito podrá a someter a revisión la causa ante un tribunal superior, la ausencia de regulación procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional previa celebración de juicio ante

dichos órganos judiciales mantiene una situación insatisfactoria que, al tener que compensarse con mayor flexibilidad en el entendimiento de los motivos del recurso de casación, desvirtúa la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley penal. Por ello, se procede a generalizar la segunda instancia, para lo cual se establece la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo penal en el proceso abreviado.

VII

Por último, la necesidad de establecer en el ordenamiento español un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora sin otra cobertura que la interpretación jurisprudencial, impone la reforma de los motivos del recurso de revisión, en el marco de la mejora técnica de los diversos supuestos y con inclusión también de la posibilidad de impugnación de sentencias penales que puedan resultar contradictorias con la dictada posteriormente en otro orden jurisdiccional acerca de una cuestión prejudicial no devolutiva.

Artículo único. *Modificación del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

El Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado del siguiente modo:

> «1. A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos:
>
> 1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.
>
> 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.
>
> 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
>
> 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
>
> 5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.
>
> 6.º Los cometidos por diversas personas que ocasionen lesiones o daños recíprocos.
>
> 7.º Los hechos que constituyan delito continuado.
>
> 2. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.
>
> Los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa si no resulta inconveniente por razón de la excesiva complejidad o dilación que pueda derivarse de la acumulación.
>
> 3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a petición del Ministerio Fiscal, si la

investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulta conveniente por razones de economía procesal y no suponga excesiva complejidad ni dilación para el proceso.»

Dos. Se modifica el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado del siguiente modo:

«1. Son sujetos pasivos del proceso penal todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la ley y a los que indiciariamente les sea atribuida la realización del hecho punible.

2. Se garantiza el derecho de defensa del sujeto pasivo, que se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley, desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena.

3. El derecho de defensa faculta al sujeto pasivo a conocer las actuaciones, formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico, presentar o proponer diligencias de investigación y pruebas, intervenir en su práctica y en los demás actos procesales en los que la ley no excluya su presencia e impugnar las resoluciones desfavorables.

4. El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un Abogado de libre designación o, en su defecto, de un Abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente en cualquier momento del proceso y que estará presente en todas sus declaraciones.

5. El derecho de defensa incluye la interpretación gratuita, a un idioma que entienda el sujeto pasivo, de toda comunicación que se produzca en la práctica de las diligencias y en todas las actuaciones procesales orales en las que esté presente, incluido todo el acto del juicio oral y las entrevistas reservadas con su Abogado cuando sea de oficio. El sujeto pasivo con limitaciones auditivas u orales tiene derecho a la interpretación al lenguaje textual con idéntico contenido.

6. El derecho de defensa también comprende la traducción gratuita de los autos y resoluciones de la causa que resulten esenciales para la defensa y, en todo caso, los autos en lo que se acuerden medidas cautelares personales, el escrito de acusación, el auto de apertura del juicio oral y las sentencias.

7. Desde que una persona sea detenida o se dirija el procedimiento contra ella se le comunicarán, en idioma o lenguaje que perciba y comprenda, los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica provisional.

8. Si la investigación hubiera sido declarada secreta, esta comunicación podrá aplazarse cuando resultare perjudicial para la finalidad perseguida por el secreto, pero no podrá tomarse declaración al sujeto pasivo en tanto no se realice dicha comunicación.

9. El detenido y el sujeto pasivo serán informados sin dilación, oralmente y por escrito, de los derechos que les asisten en un lenguaje o idioma que perciban y comprendan.

10. El detenido y el sujeto pasivo tienen derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. Si deciden declarar no se les puede solicitar que presten juramento o promesa de decir verdad ni exhortar a que la digan.

Al silencio o negativa a declarar no podrá atribuírsele consecuencias perjudiciales, más allá de la constatación de la pérdida de la oportunidad de exponer una alternativa

razonable a la versión de la acusación, explicativa de la prueba existente en su contra, que no sea aportada por la defensa o se desprenda por sí misma de los hechos en debate.»

Tres. Se añade un apartado 6 al artículo 282 bis con la siguiente redacción:

«Los funcionarios de la Policía Judicial podrán actuar con identidad supuesta en los canales de comunicación abiertos a una pluralidad indeterminada de personas para la detección y esclarecimiento de delitos que puedan ser cometidos por medios informáticos o a través de telecomunicaciones o servicios de comunicación. Cuando como consecuencia de la utilización de dicha identidad el funcionario sea aceptado en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación, podrá seguir manteniendo la identidad supuesta con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter b, apartado 2, párrafo a).»

Cuatro. Se añade un tercer párrafo al artículo 284 con la siguiente redacción:

«No obstante, cuando no exista autor conocido del delito la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial soliciten la remisión o si se practica cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado.»

Cinco. El apartado 1 del artículo 295 queda redactado del siguiente modo:

«En ningún caso, salvo los de fuerza mayor y el previsto en el párrafo tercero del artículo 284, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado.»

Seis. Se modifica el artículo 324 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

2. Si la investigación es compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que podrá ser prolongado por igual plazo o por uno inferior por el Juzgado de Instrucción, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, cuando menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

3. A los efectos previstos por el apartado anterior se considerará que la investigación es compleja cuando:

a) Recaiga sobre grupos u organizaciones criminales.

b) Tenga por objeto numerosos hechos punibles.

c) Involucre a gran cantidad de sujetos pasivos o víctimas.

d) Exija la realización de pericias que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis.

e) Implique la realización de actuaciones en el extranjero.

f) Precise de la revisión de la gestión de personas jurídico privadas o públicas.

g) Sea un delito de terrorismo.

4. El Juzgado concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad, aun cuando el plazo no hubiere vencido.

5. Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal por concurrir razones que lo justifique o bien de oficio, el Juzgado podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.

6. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, se dictará el día del vencimiento del plazo o de sus prórrogas auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al artículo 779, sin que puedan ser acordadas posteriormente las diligencias complementarias previstas por el artículo 780.»

Siete. Se modifican los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 520, que tendrán la siguiente redacción:

«2. Son derechos del detenido:

1.º Ser informado de modo comprensible, en una lengua que entienda, de forma inmediata por la autoridad o sus agentes, de los hechos que se le atribuyen y del delito o delitos en que se subsumen, de las razones que motivan su privación de libertad, el tiempo que como máximo puede hallarse privado de libertad antes de ser llevado ante la autoridad judicial y de los demás derechos que le asisten.

2.º Guardar silencio, no declarar o no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.

3.º No declarar contra sí mismo y no confesarse culpable.

4.º Designar Abogado y solicitar su presencia para que le asista en la preparación y desarrollo de sus interrogatorios, e intervenga en todo reconocimiento de que sea objeto a efectos de identificación, con la advertencia de que se procederá al nombramiento de un Abogado de oficio si no lo designare.

La asistencia letrada no será precisa para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido con los fines previstos en la legislación sobre bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

5.º Derecho a recibir asistencia jurídica gratuita y condiciones para obtenerla.

6.º Derecho al conocimiento de las actuaciones, incluido el atestado policial, salvo que se declare el secreto.

7.º Que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se encuentre en cada momento.

8.º Ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando no comprenda o hable el castellano ni la lengua cooficial que pueda utilizarse, tenga limitaciones auditivas o de expresión oral.

9.º Ser reconocido por el médico forense o por su sustituto legal y a la atención médica urgente.

3. También tiene derecho el detenido a que se proceda del modo que se indica en cada uno de los casos especiales siguientes:

1.º Si el detenido fuere extranjero, se comunicará al cónsul de su país el hecho de su detención y el lugar de custodia y se le permitirá la comunicación con la autoridad consular. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse, en su caso, de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse.

2.º Si se tratare de un menor, será puesto a disposición de la Fiscalía de menores y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad.

3.º Si el detenido tuviere su capacidad de obrar modificada judicialmente, la información prevista en el número 5º del apartado anterior se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal fueren o no hallados.

4. La información de los derechos establecidos en este artículo se proporcionará al detenido oralmente o por lenguaje gestual si padece sordera y por escrito, en términos sencillos y accesibles, en un idioma que comprenda. El detenido podrá leer y conservar en su poder la información de derechos durante todo el tiempo que dure la privación de libertad.

La información de derechos contendrá, asimismo, información básica relativa a las posibilidades legales de impugnación de la legalidad de la detención y obtención de la libertad.

5. El detenido designará libremente Abogado y si no lo hace será asistido por un Abogado de oficio. Ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el Abogado a designar más allá de informarle de su derecho.

La autoridad que tenga bajo su custodia al detenido a la mayor brevedad comunicará al Colegio de Abogados el nombre del Abogado designado por el detenido para asistirle, para su localización y transmisión del encargo profesional o transmitirá la petición de nombramiento de Abogado de oficio.

Si el detenido no hubiere designado Abogado o el elegido rehusare el encargo o no fuere hallado, el Colegio de Abogados procederá de inmediato al nombramiento de un Abogado del turno de oficio.

El Abogado designado acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si en dicho plazo no compareciera el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exacción de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

6. En la prestación del servicio de asistencia letrada el Abogado:

a) Se entrevistará reservadamente con el detenido para prestarle asesoramiento con anterioridad a su declaración o intervención en la diligencia para la que hubiere sido requerido y a su finalización.

b) Solicitará, si no se hubiera hecho, la información al detenido de sus derechos y, si lo estimara conveniente, la práctica del reconocimiento médico.

c) Una vez finalizada la diligencia, podrá interrogar al detenido sobre los puntos que entienda relevantes en relación con el contenido de la misma y podrá solicitar que se consigne en el acta de cualquier incidencia que haya acontecido.

d) Informará al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

e) Tendrá acceso a las actuaciones, incluido el atestado policial y podrá proporcionar a su defendido copia de las mismas. Este derecho no regirá si se declara el secreto de las actuaciones por el Juzgado de Instrucción, respecto a las actuaciones sobre las que el secreto recaiga.»

Ocho. Se modifica el artículo 527, que tendrá la siguiente redacción:

«1. El detenido o preso, mientras se halla incomunicado, podrá ser privado de los derechos expresados en el presente capítulo, salvo los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones, que se aplicarán excepcionalmente, en la medida en que esté justificado en atención a las circunstancias específicas del caso:

a) Podrá acordarse que su Abogado sea designado de oficio.

b) Podrá acordarse que no tenga derecho a entrevistarse reservadamente con su Abogado.

c) Podrá acordarse que no se comunique con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la Autoridad Judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.

d) Podrá acordarse que el detenido no tenga acceso a las actuaciones, incluido el atestado policial.

e) Podrá acordarse que el Abogado del detenido no tenga acceso a las actuaciones, incluido el atestado policial.

2. Las medidas previstas por el apartado 1 solo podrán adoptarse cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona.

b) Una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

3. La incomunicación será acordada por auto. Solicitada por Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal la incomunicación, se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el Juzgado habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones.»

Nueve. Se modifica el enunciado del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado del siguiente modo:

«TÍTULO VIII

De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución»

Diez. Los artículos 545 a 578 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se agrupan en un nuevo Capítulo I, cuya rúbrica es la siguiente:

«CAPÍTULO I

De la entrada y registro en lugar cerrado y del registro de libros y papeles»

Once. Los artículos 579 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se agrupan en un nuevo Capítulo II con el enunciado siguiente:

«CAPÍTULO II

De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica»

Doce. Se modifica el artículo 579, que quedará redactado del siguiente modo:

«Artículo 579. De la correspondencia escrita y telegráfica.

1. El Juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. El Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad, y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, comunicándolo inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.

4. No se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:

a) Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías.

b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.

c) Cuando la inspección proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.»

Trece. Se crea en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo III con el siguiente enunciado y contenido:

«CAPÍTULO III

La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

SECCIÓN 1ª. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 588 bis a. *Principios*.

1. En el procedimiento de investigación se podrán intervenir y registrar las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

2. El principio de especialidad exige que la intervención esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Las intervenciones prospectivas sobre la conducta de una persona o grupo están prohibidas.

3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

Los terminales o sistemas de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos ocasional o habitualmente utilizados por el sujeto pasivo.

4. Por los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la interceptación cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del sujeto pasivo e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

5. La medida de interceptación solo se reputará proporcionada cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la realización de la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho o su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Artículo 588 bis b. *Presupuestos*.

La autorización judicial a que se refiere el artículo anterior solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos siguientes:

1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3º Delitos de terrorismo.

4.º Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

Artículo 588 bis c. *Ámbito*.

1. La intervención judicialmente acordada autorizará el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, incluyendo los demás que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una llamada, en los que participe el sujeto pasivo, ya sea como emisor o, como receptor, y podrá afectar al terminal o terminales de los que el sospechoso sea titular o usuario.

A los efectos previstos en este artículo, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados, todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, o de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga.

2. Podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que exista constancia de que el sujeto pasivo se sirve de aquélla para transmitir o recibir información o de que el titular colabora con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficia de su actividad.

También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros, sin conocimiento de su titular, por vía telemática.

Artículo 588 bis d. *Solicitud de autorización judicial*.

1. Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del Juez de Instrucción la intervención de las comunicaciones, la petición habrá de contener:

1.º La descripción del hecho objeto de investigación, la identidad del sujeto pasivo y de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos.

2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia.

3º. El número de abonado o del terminal o de la etiqueta técnica o identificación de la conexión objeto de la intervención o los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido.

5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

6.º La forma de ejecución de la medida.

7.º La duración de la medida que se solicita.

8.º El sujeto obligado que realizará la intervención.

2. Al efecto previsto por el número 4º del apartado anterior, la solicitud de autorización podrá tener por objeto todos o algunos de los siguientes extremos:

a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.

b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.

c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.

d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos.

3. La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada, se sustanciarán en una pieza separada y secreta.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad, y existan razones fundadas que hagan imprescindible la intervención de comunicaciones, el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, podrá acordar la medida de investigación pertinente, comunicándolo inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.

Artículo 588 bis e. *Resolución judicial*.

1. El Juez de Instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.

2. Siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, el Juez podrá requerir, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud.

3. La resolución judicial que autorice la interceptación concretará los siguientes extremos:

a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica.

b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.

c) El tipo de comunicación y la etiqueta técnica que identifique al abonado, usuario, dispositivo o medio de telecomunicación que corresponda a la persona afectada por la medida.

d) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance.

e) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

f) La duración de la medida.

g) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al Juez sobre los resultados de la medida.

Artículo 588 bis f. *Deber de colaboración*.

1. Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del

teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual están obligados a prestar al Juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de Policía designados para la práctica de la medida, la asistencia y colaboración precisa para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones.

2. Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria, siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado. La desatención a dicho requerimiento dará lugar a la exigencia de responsabilidad por la posible comisión de un delito de desobediencia grave.

Esta disposición no será aplicable al sospechoso o imputado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de parentesco, y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud del secreto profesional.

Artículo 588 bis g. *Control de la medida*.

1. La Policía Judicial pondrá a disposición del Juez, con la periodicidad que por éste se determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que se considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas, indicando el origen y destino de cada una de ellas y asegurando, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.

2. La Policía Judicial informará al Juez de Instrucción sobre el desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que por aquél se determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

3. Concedida la autorización judicial, el Secretario judicial o la Policía Judicial que hubieran sido facultados por el Juez competente, podrán solicitar a los prestadores de servicios y agentes mencionados en el artículo 588 bis f), o a los demás que intervengan facilitando servicios técnicos de cualquier clase relacionados con la comunicación que conserven durante un plazo máximo de 90 días las grabaciones íntegras, cualquiera que sea el sistema de registro utilizado, hasta el momento de su destrucción conforme a lo previsto en el artículo 588 bis n.

4. Cuando los agentes o autoridades que lleven a cabo el registro o tengan acceso al sistema de información o a una parte del mismo conforme a lo dispuesto en este artículo, tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él, podrán ampliar el registro a éste, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para éste. Esta ampliación del registro deberá ser autorizada por el Juez, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial. En caso de urgencia, la Policía Judicial o el Fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al Juez inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación.

Artículo 588 bis h. *Duración*.

1. La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de la autorización judicial, será de tres meses.

2. La intervención podrá ser prorrogada por el Juez competente, previa petición razonada del solicitante, por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dos años, siempre que subsistan las causas que la motivaron.

3. Transcurrido el plazo por el que resultó concedida, sin haberse acordado su prórroga, la interceptación cesará a todos los efectos.

Artículo 588 bis i. *Solicitud de prórroga*.

1. La solicitud de prórroga se dirigirá por el Fiscal o la Policía Judicial al Juez competente con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido. Deberá incluir en todo caso:

a) Un informe detallado del resultado de la intervención.

b) En su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida.

2. El Juez resolverá sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto motivado, en el plazo de dos días siguientes a la presentación de la solicitud. Con carácter previo a dictar la resolución podrá solicitar aclaraciones o mayor información, incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas.

3. Concedida la prórroga, el cómputo de la misma se entenderá iniciado desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada.

Artículo 588 bis j. *Secreto*.

Las intervenciones de comunicaciones se practicarán en secreto, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

Artículo 588 bis k. *Cese de la medida de intervención*.

La intervención de las comunicaciones cesará cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron la adopción de la medida o cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

Artículo 588 bis l. *Acceso de las partes a las grabaciones*.

1. Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.

2. Cualquiera de las partes, una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el Juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El Juez de Instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.

3. Se notificará por el Juez de Instrucción a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo

que sea imposible o exija un esfuerzo desproporcionado. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia.

Artículo 588 bis m. *Utilización de las grabaciones en un proceso distinto*.

1. El resultado de la intervención de las comunicaciones solo podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, siempre que se trate de un delito respecto del cual podría haberse acordado la medida conforme al artículo 588 bis b.

2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia, incluyendo entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la interceptación de las comunicaciones, la resolución judicial acordándola y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

3. La continuación de la intervención de las comunicaciones para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del Juez competente.

Artículo 588 bis n. *Destrucción de los registros*.

1. Una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la interceptación, de las que solamente se conservará una copia bajo custodia del Juez de Instrucción.

2. Se acordará la destrucción de las copias en poder del Juez de Instrucción cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito.

3. Los Tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto la destrucción contemplada en los anteriores apartados.

Artículo 588 bis o. *Secreto profesional*.

1. En ningún caso la intervención de las comunicaciones prevista en los artículos anteriores, podrá incluir las que mantenga la persona investigada, detenida o en prisión con quienes estén legalmente obligados a mantener el secreto profesional, salvo que éstos se hallen también encausados por los hechos investigados en la causa o por hechos conexos y exista autorización judicial.

2. Si accidentalmente en la práctica de cualquiera de las medidas reguladas en esta Sección se obtuviera información protegida por el secreto profesional será excluida de la causa y carecerá de efectos.

SECCIÓN 2ª. INCORPORACIÓN AL PROCESO DE DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO O ASOCIADOS

Artículo 588 bis p. *Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios*.

1. Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos

comerciales o de otra índole solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

2. Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 588 bis b, se solicitará del Juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precise la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.

SECCIÓN 3ª. ACCESO A LOS DATOS NECESARIOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DE USUARIOS, TERMINALES Y DISPOSITIVOS DE CONECTIVIDAD

Artículo 588 bis q. *Identificación mediante número IP*.

Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 588 bis b y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del Juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 bis f).1, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.

Artículo 588 bis r. *Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes*.

1. Siempre que en el marco de una investigación por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 588 bis b, no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y éste resulte indispensable para recabar la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones, los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones.

2. Una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, podrán solicitar del Juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 588 bis d. La solicitud habrá de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la utilización de los artificios a que se refiere el apartado anterior.

El Tribunal dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo establecido en el artículo 588 bis e.»

Catorce. Se incorpora en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo IV con el siguiente enunciado y contenido:

«CAPÍTULO IV

Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos

Artículo 588 ter a. Grabación de las comunicaciones orales directas.

1. Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por la persona investigada, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.

Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado.

2. La medida deberá ser autorizada por el Juez competente, a petición del Fiscal o la Policía Judicial, mediante resolución motivada que habrá de sujetarse a los principios a que se refiere el artículo 588 bis a.

En el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.

Artículo 588 ter b. *Presupuestos*.

1. La utilización de los dispositivos a que se refiere el artículo anterior ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del sujeto pasivo con otras personas y sobre cuya previsible realidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación.

2. Solo podrá autorizarse cuando concurran los requisitos siguientes:

a) Que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de delito cometido en el seno de organizaciones criminales, delito de terrorismo, delito contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad.

b) Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

3. La captación y grabación de las conversaciones del sujeto pasivo podrá ser acordada aunque afecte inevitablemente a terceros.

Artículo 588 ter c. *Contenido de la resolución judicial*.

La resolución motivada mediante la que el Juez de Instrucción otorgue la autorización deberá indicar:

a) El nombre y dirección de la persona que fuera objeto de la medida, si fueran conocidos.

b) El delito que se le imputa y que motiva la adopción de la misma, con expresión de los indicios que justifican la medida.

c) El lugar o dependencias que van a ser sometidos a vigilancia.

d) La duración de la medida, que habrá de vincularse a posibles encuentros que vaya a mantener el sospechoso.

e) La adopción del secreto de las investigaciones.

f) El agente o agentes autorizados para su ejecución y seguimiento.

g) Los términos en que habrá de ser informado al Juez del desarrollo y ejecución de la medida.

Artículo 588 ter d. *Secreto profesional*.

1. En ningún caso la captación y grabación de las conversaciones privadas y de la imagen, prevista en los artículos anteriores, podrá incluir las entrevistas que mantenga la persona investigada, detenida o en prisión con quienes estén legalmente obligados a mantener el secreto profesional, salvo que éstos se hallen también encausados por los hechos investigados en la causa o por hechos conexos y exista autorización judicial.

2. Si accidentalmente en la práctica de cualquiera de las medidas reguladas en este Título se obtuviera información protegida por el secreto profesional será excluida de la causa y carecerá de efectos.

Artículo 588 ter e. *Investigación mediante agente encubierto.*

1. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el Juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el sujeto pasivo, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

2. El agente encubierto informático podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos, siendo posible en tal caso el análisis de los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos.

Artículo 588 ter f. *Ejecución de la medida y control judicial*.

1. Acordada la medida descrita en los artículos anteriores, su ejecución corresponderá a los miembros de la Policía Judicial, quienes deberán informar al Juez de su resultado, poniendo a su disposición el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones.

2. El informe identificará a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.

3. En los términos y en el plazo que se fijen en la resolución habilitante, el Juez de Instrucción habrá de ser informado del desarrollo de la medida y de los resultados que hubiere arrojado su práctica.

Artículo 588 ter g. *Cese*.

La autorización otorgada deberá ser dejada sin efecto cuando desaparezcan las concretas razones que la motivaron. La grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos, exigirán una nueva autorización judicial.

Artículo 588 ter h. *Comunicación a los interesados y reglas de conservación y destrucción*.

Para la grabación y transcripción de las conversaciones, su conservación y destrucción, la comunicación a los interesados, así como respecto de la posibilidad de ser utilizadas en otro procedimiento, se estará a lo dispuesto en materia de interceptación de las telecomunicaciones.»

Quince. Se añade en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo V con el siguiente enunciado y contenido:

«CAPÍTULO V

Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen

Artículo 588 quáter a. *Captación de imágenes en lugares o espacios públicos*.

1. La Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada, cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para la localización de los instrumentos o efectos del delito o para obtener datos de relevancia para el esclarecimiento de los hechos.

2. La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del sospechoso, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el sospechoso.

Artículo 588 quáter b. *Utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización*.

1. Cuando concurran acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, el Juez competente podrá autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización.

2. La autorización deberá especificar:

a) El medio técnico que va a ser utilizado.

b) La finalidad perseguida con la medida;

c) La persona afectada y la persona o bien sobre la que va a ser colocado el dispositivo o actuar el medio técnico.

3. Los prestadores, agentes y personas a que se refiere el artículo 588 bis f).1 están obligados a prestar al Juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de Policía designados para la práctica de la medida, la asistencia y colaboración precisa para facilitar el cumplimiento de los autos por los que se ordene el seguimiento.

Artículo 588 quáter c. *Duración de la medida*.

1. La medida de utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización prevista en el artículo anterior tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Excepcionalmente el Juez podrá acordar su prórroga, hasta un plazo máximo de otros tres meses, si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida.

2. La medida deberá cesar tan pronto como desaparezcan los presupuestos que la motivaron, o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos.

3. A los efectos previstos en el apartado anterior, el Juez de Instrucción deberá ser informado, en el plazo que éste indique y, en todo caso, cada quince días, de los resultados de la medida. La Policía Judicial entregará al Juez los soportes originales o

copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando éste se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones.

Artículo 588 quáter d. *Custodia y destrucción de la información obtenida*.

1. La información obtenida a través de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización a los que se refieren los artículos anteriores, deberá ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida.

2. El Juez ordenará su destrucción cuando se hubiere dictado sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efecto de cosa juzgada. Si hubiere recaído sentencia condenatoria, la información se destruirá cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o desde que la pena haya prescrito.»

Dieciséis. Se crea en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo VI con el siguiente enunciado y contenido:

«CAPÍTULO VI

Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

Artículo 588 quinquies a. *Necesidad de motivación individualizada*.

1. Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del Juez de Instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

2. La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que ulteriormente pueda autorizarse por el Juez competente dicho acceso.

Artículo 588 quinquies b. *Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del sospechoso*.

La exigencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior será también aplicable a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del Juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización.

Artículo 588 quinquies c. *Autorización judicial*.

1. La resolución del Juez de Instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos a que se refiere la presente Sección, fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial.

2. Salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos.

3. En los casos de emergencia o de riesgo de catástrofe o cuando la medida tenga por objeto la localización de personas en situación de urgencia vital y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, por escrito motivado al Juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.»

Diecisiete. Se incorpora en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo VII, con el siguiente enunciado y contenido:

«CAPÍTULO VII

Registros remotos sobre equipos informáticos

Artículo 588 sexies a. *Presupuestos*.

1. El Juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que la medida resulte idónea, necesaria y proporcionada conforme a los principios proclamados en el artículo 588 bis a y persiga la investigación de un delito de especial gravedad o alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

b) Delitos de terrorismo.

c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.

d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.

2. La resolución judicial que autorice el registro, además de motivar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, deberá especificar:

a) Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida.

b) El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información.

d) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.

e) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos.

f) Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso.

3. Cuando los agentes que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte del mismo, pondrán este hecho en conocimiento del Juez, quien podrá autorizar una ampliación de los términos del registro.

Artículo 588 sexies b. *Deber de colaboración*.

1. Los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 bis f).1 y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro están obligados a facilitar a los agentes investigadores la colaboración precisa para la práctica de la medida y el acceso al sistema. Asimismo, están obligados a facilitar la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización.

2. Las autoridades y los agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria para el buen fin de la diligencia.

Artículo 588 sexies c. *Forma*.

Las actuaciones referentes al examen y registro a distancia de equipos, dispositivos o sistemas informáticos o electrónicos y repositorios telemáticos de datos se sustanciarán en pieza separada y en régimen de secreto, sin necesidad de declaración expresa, el cual tendrá una duración máxima de un mes.»

Dieciocho. Se introduce en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un Título III bis con el siguiente enunciado y contenido:

«TÍTULO III bis

Proceso por aceptación de decreto

Artículo 803 bis a. *Requisitos del proceso por aceptación de decreto*.

En cualquier momento después de iniciadas diligencias de investigación por la Fiscalía o Diligencias Previas por el Juzgado y hasta la finalización de las Diligencias Previas, aunque no haya sido llamado a declarar el sujeto pasivo, podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto cuando se cumplan cumulativamente los siguientes requisitos:

1.º Que el delito esté castigado con pena de multa o con pena de prisión sustituible por multa, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

2.º Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

3.º Que no esté personada acusación popular o particular en la causa.

Artículo 803 bis b. *Objeto*.

1. El proceso por aceptación de decreto dictado por el Ministerio Fiscal tiene por objeto una acción penal ejercitada para la imposición de una pena de multa y, en su caso, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

2. Además puede tener por objeto la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio.

Artículo 803 bis c. *Contenido del decreto de propuesta de imposición de pena*.

El decreto de propuesta de imposición de pena emitido por el Ministerio Fiscal tendrá el siguiente contenido:

1.º Identificación del sujeto pasivo.

2.º Descripción del hecho punible.

3.º Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente.

4.º Breve exposición de los motivos por los que entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser sustituida.

5.º Penas propuestas.

6.º Peticiones de restitución e indemnización.

Artículo 803 bis d. Remisión al Juzgado de instrucción.

El decreto de propuesta de imposición de pena dictado por el Ministerio Fiscal se remitirá al Juzgado de Instrucción para su autorización y notificación al encausado.

Artículo 803 bis e. *Auto de autorización*.

1. El Juzgado de Instrucción autorizará el decreto de propuesta de imposición de pena cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 803 bis a.

2. Si el Juzgado de Instrucción no autoriza el decreto quedará sin efecto.

Artículo 803 bis f. *Notificación del auto y citación de comparecencia*.

1. Dictado auto de autorización del decreto por el Juzgado de Instrucción, lo notificará junto con el decreto al sujeto pasivo, a quien citará de comparecencia ante el Tribunal en la fecha y en el día que se señale.

2. En la notificación del decreto se informará al sujeto pasivo de la finalidad de la comparecencia, de la preceptiva asistencia de letrado para su realización y de los efectos de su incomparecencia o, caso de comparecer, de su aceptación o rechazo de la propuesta contenida en el decreto. También se le informará de que, en caso de no encontrase defendido por Letrado en la causa, debe asesorarse con un Abogado de confianza o solicitar un Abogado de oficio antes del término previsto en el artículo siguiente.

Artículo 803 bis g. *Solicitud de asistencia jurídica gratuita*.

Si el sujeto pasivo carece de asistencia letrada se le designará Abogado de oficio para su asesoramiento y asistencia si así lo solicita.

Para que la comparecencia pueda celebrarse la solicitud de designación de Abogado de oficio debe realizarse en el término de cinco días hábiles antes de la fecha para la que esté señalada.

Artículo 803 bis h. *Comparecencia*.

1. Para la aceptación de la propuesta de sanción el sujeto pasivo habrá de comparecer en el Juzgado de Instrucción asistido de Letrado.

2. Si el sujeto pasivo no comparece, comparece sin Letrado o rechaza la propuesta del Ministerio Fiscal, total o parcialmente en lo relativo a las penas, a la restitución o indemnización, quedará la misma sin efecto.

3. En la comparecencia el Juez, en presencia del Letrado, se asegurará de que el sujeto pasivo comprende el significado del decreto de propuesta de imposición de pena y los efectos de su aceptación.

Artículo 803 bis i. *Conversión del decreto en sentencia condenatoria*.

Si el sujeto pasivo acepta en la comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria, la cual no será susceptible de recurso alguno.

Artículo 803 bis j. *Ineficacia del decreto de propuesta de pena*.

Si el decreto de propuesta de pena deviene ineficaz por no ser autorizado por el Juzgado de Instrucción, por incomparecencia o por falta de aceptación del encausado, el Ministerio Fiscal no se encontrará vinculado por su contenido y proseguirá la causa por el cauce que corresponda.»

Diecinueve. Se introduce en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un Título III ter con el siguiente enunciado y contenido:

«TÍTULO III ter

Procedimiento de decomiso autónomo

Artículo 803 ter a. *Objeto*.

1. Podrá ser objeto del procedimiento de decomiso autónomo regulado en el presente Título la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos, cuando no hubiera sido ejercitada con anterioridad, salvo lo dispuesto en el artículo 803 ter p.

2. En particular, será aplicable este procedimiento en los siguientes casos:

a) Cuando el Fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación.

b) Cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 127 bis del Código Penal.

c) Cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 127 ter del Código Penal.

d) Cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 127 quáter del Código Penal.

e) Cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 127 quinquies del Código Penal.

3. En el caso de reserva de la acción por el Fiscal, el procedimiento autónomo de decomiso solamente podrá ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del acusado ya hubiera concluido con sentencia firme de condena.

Artículo 803 ter b. *Competencia*.

Será competente para el conocimiento del procedimiento de decomiso autónomo el Juez o Tribunal que hubiera dictado la sentencia firme de condena o, en las circunstancias del artículo 127 ter del Código Penal, el Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento de la causa penal, con arreglo a las normas previstas en esta Ley.

Artículo 803 ter c. *Procedimiento*.

Serán aplicables al procedimiento autónomo de decomiso las normas que regulan el juicio verbal regulado Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sean contradictorias con las establecidas en este Capítulo.

Artículo 803 ter d. *Exclusividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción*.

La acción de decomiso en el procedimiento autónomo de decomiso será ejercitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal.

Artículo 803 ter e. *Legitimación pasiva y llamada al proceso*.

1. Al proceso serán llamadas como partes pasivas los sujetos contra los que se dirija la acción por su relación con los bienes a decomisar.

2. El sujeto pasivo rebelde será llamado mediante notificación dirigida a su representación procesal en el proceso suspendido y la fijación de edicto en el tablón de anuncios del Tribunal.

Artículo 803 ter f. *Comparecencia del ausente y del incapacitado*.

1. En caso de rebeldía del encausado en el proceso penal suspendido, podrá comparecer en el procedimiento autónomo de decomiso representado por Procurador y asistido de Abogado.

2. La comparecencia en el procedimiento autónomo de decomiso del sujeto pasivo incapacitado para comparecer en el proceso penal suspendido se regirá por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 803 ter g. *Demanda de solicitud de decomiso autónomo*.

1. La acción de decomiso autónomo se presentará por escrito que en apartados separados y numerados expresará:

a) Las personas contra las que se dirige la solicitud y sus domicilios.

b) Identificación del bien o bienes cuyo decomiso se pretende.

c) El hecho punible y su relación con el bien o bienes.

d) La situación de la persona contra la que se dirige la solicitud respecto al bien.

e) La calificación penal del hecho punible.

f) El fundamento legal del decomiso.

g) La proposición de prueba.

h) La solicitud de medidas cautelares, justificando la conveniencia de su adopción para garantizar la efectividad del decomiso, si procede.

2. Admitido el escrito, el órgano competente adoptará las siguientes resoluciones:

1.º Acordará o no las medidas cautelares solicitadas.

2.º Notificará la demanda de decomiso a las partes pasivamente legitimadas, a quienes otorgará un plazo de veinte días para personarse en el proceso y presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso.

3. Adoptadas las medidas cautelares la oposición, modificación o alzamiento de las mismas se desarrollará de acuerdo con lo previsto en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sea contradictorio con las normas establecidas en este Capítulo.

Artículo 803 ter h. *Escrito de contestación a la demanda de decomiso*.

1. El escrito de contestación a la demanda de decomiso contendrá, en relación con los correlativos del escrito de solicitud de decomiso, las alegaciones de la parte pasivamente legitimada.

2. Si el demandado no interpusiera su escrito de contestación en el plazo conferido o si desistiera del mismo, el órgano competente acordará el decomiso definitivo de los bienes, efectos o ganancias, o un valor equivalente a los mismos.

Artículo 803 ter i. *Resolución sobre prueba y vista*.

El órgano competente resolverá sobre la prueba propuesta por auto, en el que señalará fecha y hora para la vista. Esta resolución no será recurrible, aunque la solicitud de prueba podrá reiterarse en el juicio.

Artículo 803 ter j. *Juicio y sentencia*.

1. El juicio se desarrollará conforme a lo dispuesto en el artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Juez o Tribunal resolverá mediante sentencia en el plazo de 20 días desde su finalización, con alguno de los siguientes pronunciamientos:

1) Desestimar totalmente la oposición y acordar el decomiso definitivo de los bienes.

2) Desestimar parcialmente la oposición, y acordar el decomiso definitivo por la cantidad que corresponda. En este caso, se dejarán sin efecto las medidas cautelares que hubieran sido acordadas respecto al resto de los bienes.

3) Estimar la oposición y declarar que no procede el decomiso por concurrir alguno de los motivos de oposición. En este caso, se dejarán sin efecto todas las medidas cautelares que hubieran sido acordadas, y se reintegrará al demandado en la situación anterior a acordar el decomiso.

2. La desestimación total de la oposición conllevará la imposición de las costas al demandado. Si la oposición fuera estimada parcialmente, el Juez o Tribunal podrá imponerle el pago de las costas que considere indebidamente causadas.

Las costas incluirán el pago del coste del procedimiento causado al Estado, que se cuantificará conforme a las reglas que se establezcan reglamentariamente.

Artículo 803 ter k. *Efectos de la sentencia de decomiso*.

1. La sentencia desplegará los efectos materiales de la cosa juzgada en relación con las personas contra las que se haya dirigido la acción y la causa de pedir planteada, consistente en los hechos relevantes para la adopción del decomiso, relativos al hecho punible y la situación frente a los bienes de la parte pasivamente legitimada.

2. Más allá del efecto material de la cosa juzgada establecido en el apartado anterior, el contenido de la sentencia del procedimiento autónomo de decomiso no vinculará en el posterior enjuiciamiento del sujeto pasivo si se produce.

En el proceso penal posterior contra el sujeto pasivo, si se produce, no se solicitará ni será objeto de enjuiciamiento el decomiso de bienes sobre el que haya se resuelto con efecto de cosa juzgada en el procedimiento autónomo de decomiso.

3. A los bienes decomisados se les dará el destino establecido por el Código Penal para los bienes objeto de la pena de decomiso. A tal efecto, la suma obtenida con la venta de los bienes decomisados que no hayan de ser destruidos, será destinada a cubrir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, a prorrata entre los perjudicados. El exceso, si existe, se destinará a la financiación de programas de prevención del delito o protección de las víctimas del delito.

La determinación de los perjudicados por el hecho punible y la fijación de las indemnizaciones a satisfacer con el producto del decomiso será realizada por el Ministerio de Justicia conforme al procedimiento que reglamentariamente se establezca por el Consejo de Ministros, bajo el control judicial de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

4. Cuando el decomiso se hubiera acordado por un valor determinado, se requerirá a la persona con relación a la cual se hubiera acordado para que proceda al pago la cantidad correspondiente dentro del plazo que se le determine; o, en otro caso, designe bienes por un valor suficiente sobre los que la orden de decomiso pueda hacerse efectiva.

En el caso de que el requerimiento no fuera atendido, se procederá del modo previsto en el artículo siguiente para la ejecución de la orden de decomiso.

Artículo 803 ter l. *Investigación del Ministerio Fiscal*.

1. El Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo, por sí mismo o por medio de otras Autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso.

Las Autoridades y funcionarios de quienes el Ministerio Fiscal recabase su colaboración vendrán obligadas a prestarla, salvo que las normas que regulen su actividad dispongan otra cosa o fijen límites o restricciones que deban ser atendidos. En estos casos, suspenderán el cumplimiento de la petición recibida, y trasladarán al Fiscal los motivos de su decisión.

2. Cuando el Fiscal considere necesario llevar a cabo alguna diligencia de investigación que deba ser autorizada judicialmente, presentará la solicitud al Juez o Tribunal que hubiera conocido el procedimiento de decomiso.

3. Asimismo, el Secretario judicial, a instancia del Ministerio Fiscal, acordará por diligencia de ordenación, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el Ministerio Fiscal indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

Artículo 803 ter m. *Recursos y revisión de la sentencia firme*.

1. Son aplicables en el procedimiento autónomo de decomiso las normas reguladoras de los recursos aplicables al proceso penal abreviado.

2. Son aplicables al procedimiento autónomo de decomiso las normas reguladoras de la revisión de sentencias firmes.

Será motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme que, en su caso, se dicte.

Artículo 803 ter n. Ausencia de la parte pasivamente legitimada.

1. La rebeldía en el procedimiento autónomo de decomiso de la parte pasivamente legitimada que sea distinta de la persona a la que se atribuya el hecho punible tendrá como efecto su declaración en rebeldía civil. La rebeldía civil del tercero afectado se regirá por las normas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al demandado rebelde, incluidas las previstas para las notificaciones, los recursos frente a la sentencia y la rescisión de la sentencia firme a instancia del rebelde, si bien, en caso de rescisión de la sentencia, la misma se limitará a los pronunciamientos que afecten directamente al tercero en sus bienes, derechos o situación jurídica. En tal caso se remitirá certificación al Tribunal que hubiera dictado sentencia en primera instancia, si es distinto al que hubiera dictado la sentencia rescindente y, a continuación, se seguirán las reglas siguientes:

1.º Se otorgará al tercero un plazo de diez días para presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso, con proposición de prueba, en relación los hechos relevantes para el pronunciamiento que le afecte.

2.º Presentado el escrito en plazo, el órgano jurisdiccional resolverá sobre la admisibilidad de prueba mediante auto y señalará fecha para la vista, cuyo objeto se ceñirá al enjuiciamiento de la acción civil planteada contra el tercero o de la afección de sus bienes, derechos o situación jurídica por la acción penal.

3.ºFrente a la sentencia se podrán interponer los recursos previstos en este Código.

En caso de que no se presente escrito de defensa en plazo o el tercero no comparezca en la vista debidamente representado se dictará, sin más trámite, sentencia coincidente con la rescindida en los pronunciamientos afectados.

2. Si el sujeto pasivo declarado rebelde en el proceso suspendido no comparece en el procedimiento autónomo de decomiso se le nombrará Procurador y Abogado de oficio que asumirán su representación y defensa.

Artículo 803 ter o. *Acumulación de solicitud de decomiso contra el sujeto pasivo rebelde o incapacitado en la causa seguida contra otro sujeto pasivo*.

En el supuesto en que la causa seguida contra el sujeto pasivo rebelde o incapacitado continúe para el enjuiciamiento de uno o más sujetos pasivos podrá acumularse en la misma causa la acción de decomiso autónomo contra el sujeto pasivo rebelde o incapacitado.

Artículo 803 ter p. *Presentación de nueva solicitud de decomiso*.

El Ministerio Fiscal podrá solicitar al Juez o Tribunal que dicte una nueva orden de decomiso cuando:

1) Se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias a los que deba extenderse el decomiso pero de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento cuando se inició el procedimiento de decomiso.

2) Y no se haya resuelto anteriormente sobre la procedencia del decomiso de los mismos.»

Veinte. Se introduce un artículo 846 ter con el siguiente contenido:

«1. Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverá las apelaciones en sentencia.

2. Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y las Salas de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres Magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación previstos en el apartado anterior.

3. Los recursos de apelación contra las resoluciones previstas en el apartado 1 de este artículo se regirán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta Ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso.»

Veintiuno. Se modifica el artículo 847, que queda redactado del siguiente modo:

«Procede el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales de Justicia y por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.»

Veintidós. Se modifica el artículo 848, que quedará redactado del siguiente modo:

«Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en los supuestos previstos por el artículo 14.4 de esta ley cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el sujeto pasivo mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada.»

Veintitrés. Se modifica el artículo 954, que queda redactado en los siguientes términos:

«Se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes en los casos siguientes:

a) Cuando haya sido condenada una persona en sentencia que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del reo arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto. No será exigible la sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo.

b) Cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los Magistrados o Jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que pueda presumirse que el fallo hubiera sido distinto.

c) Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes.

d) Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran podido determinar la absolución o una condena menos grave.

e) Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, exclusivamente respecto de la resolución judicial firme dictada por el correspondiente tribunal español en el proceso a quo y a instancia de quien hubiera sido demandante ante dicho tribunal, siempre que la violación haya sido relevante o determinante de la condena, sea actual y no pueda ser reparada de ningún otro modo que no sea la reapertura del proceso.

f) Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un Tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el Tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal.»

Disposición adicional. *Previsión de costes*.

Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal.

Disposición derogatoria. *Derogación de normas*.

Quedan derogados los artículos 300, 387 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta ley.

Disposición final primera. *Modificación del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria*.

Se modifica el párrafo séptimo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que queda redactado en los siguientes términos:

«No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento.»

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

Se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal mediante la introducción de dos nuevos artículos con la siguiente redacción:

«Artículo 127 quinquies.

1. Los Jueces y Tribunales podrá acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del demandado y se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.

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:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º 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.

3.º 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.

2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:

a) El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto.

b) O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.

Art. 127 sexies.

A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones:

1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva.

A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el demandado ha dispuesto de ellos.

2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.

3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

El Juez o Tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.»

Disposición final tercera. *Artículos de carácter ordinario*.

Los apartados uno, tres, cuatro, cinco, seis, dieciocho, veinte, veintiuno, veintidós y veintitrés, del artículo único, así como la disposición adicional, la disposición derogatoria y la disposición final primera tendrán carácter de ley ordinaria.

Disposición final cuarta. *Título competencial*.

Esta ley se dicta al amparo de la competencia que al Estado atribuye en exclusiva el artículo 149.1.6ª de la Constitución Española en materia de legislación procesal.

La disposición final primera y la disposición final segunda se dictan al amparo del artículo 149.1.8ª y del artículo 149.1.6ª en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos y en materia de legislación penal respectivamente.

Disposición final quinta. *Incorporación de Derecho de la Unión Europea*.

Mediante esta ley se incorpora al Derecho español la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, así como la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

Disposición final sexta. *Entrada en vigor*.

La presente Ley entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Argentina[1]

Anteproyecto del Código Penal de la Nación

El Anteproyecto del Código Penal de la Nación Argentina fue aprobado con fecha de 10 de diciembre de 2013 por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, presidida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Eugenio R. Zaffaroni (socio de la FICP) y creada por el Decreto 678/2012, de 7 de mayo de 2012.

Puede consultarse el texto del referido Anteproyecto en el siguiente enlace.

Nuevo Código Procesal Penal de la Nación

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina aprobaron el 4 de diciembre de 2014 el nuevo Código de procedimiento penal, que incorpora los principios de celeridad, oralidad, publicidad y "desformalización" de las decisiones. Esta reforma busca crear un "instrumento de procedimiento ágil, rápido y moderno" que asegure "una administración de Justicia que contemple la reparación a las víctimas".

Con este Código quedaría instalado el sistema acusatorio, que delega en el fiscal toda la investigación sin quitarle las facultades que le son propias al juez. La víctima y sus familiares podrán participar del proceso junto al fiscal. También fija tiempos más cortos para que la causa sea enviada a juicio oral.

Puede consultarse el texto del nuevo Código Procesal Penal de la Nación en el siguiente enlace.

3. Colombia[2]

Modificaciones del Código Penal colombiano

Durante los años 2013 y 2014 el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000, "**CPC**") ha sido modificado en varias ocasiones:

- La sentencia de la Corte Constitucional C-011, de 23 de enero de 2013, declaró inexigible la Ley 1520 de 2012, que había a su vez modificado el artículo 272 CPC. Como consecuencia, volvió a estar vigente la redacción anterior del referido artículo, que se expone a continuación:

[1] Esta sección ha sido posible gracias a los Profs. de Luca y Botero Bernal, a quienes agradecemos su amable colaboración.

[2] Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración y, muy especialmente, su labor de compilación y actualización del Código Penal colombiano.

> **Artículo 272.** *Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones.* Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien:
>
> 1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.
>
> 2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.
>
> 3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal; o, de cualquier forma, eluda, evada, inutilice o suprima un dispositivo o sistema, que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o fonogramas, o les posibilite impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos.
>
> 4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos.

- La Ley 1639 de 2 de julio de 2013, "por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la ley 599 de 2000", modificó el artículo 113 CPC en los siguientes términos:

> **Artículo 113. Deformidad.** Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37. 5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Si fuere permanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Si el daño consistiere en deformidad física causada usando cualquier tipo de ácidos; álcalis; sustancias similares o corrosivas que generen daño o destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, incurrirá en pena de prisión de setenta y dos (72) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará desde una tercera parte hasta la mitad.

- La sentencia de la Corte Constitucional C-472, de 23 de julio de 2013, declaró inexequible la expresión "legalmente reconocida" de los artículos 104.10, 170.11 y 347 CPC, aquí reproducidos:

> **Artículo 104.** *Circunstancias de agravación.* La pena será de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere: […]
>
> **10.** Si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical [*legalmente reconocida*], político o religioso en razón de ello.
>
> **Artículo 170.** *Circunstancias de agravación punitiva***.** La pena señalada para el secuestro extorsivo será de cuatrocientos cuarenta y ocho (448) a seiscientos (600) meses y la multa será de seis mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (6666.66) a cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar el límite máximo de la pena privativa de la libertad establecida en el Código Penal, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: […]
>
> **11.** Si se comete en persona que sea o haya sido periodista, dirigente comunitario, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical [*legalmente reconocida*], política, étnica o religiosa o en razón de ello.
>
> **Artículo 347.** *Amenazas.* El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá por esta sola conducta, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Si la amenaza o intimidación recayere sobre un miembro de una organización sindical [*legalmente reconocida*], un defensor de Derechos Humanos, periodista o en un servidor público perteneciente a la Rama Judicial o al Ministerio Público o sus familiares, en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñe, la pena se aumentará en una tercera parte.

- La Ley 1675 de 30 de julio de 2013, "por medio de la cual se reglamenta los artículos 63,70 y 72 del Constitución Política de Colombia en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido", adicionó el título VII-A y el artículo 269-1 CPC en los siguientes términos:

> **TÍTULO VII-A**
>
> **DE DELITOS CONTRA El PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO**
>
> **Artículo 269-1.** *Delitos contra el patrimonio cultural sumergido.* El que por cualquier medio o procedimiento, sin autorización de la autoridad competente, explore, intervenga, aproveche económicamente, destruya total o parcialmente bienes pertenecientes al patrimonio cultural sumergido, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de hasta mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En iguales penas incurrirá quien por cualquier medio compre o venda los bienes que conforman el patrimonio cultural sumergido. Parágrafo. Cuando se incurra sucesivamente en cualquiera de los verbos rectores de este delito, la pena prevista se aumentará hasta en las tres cuartas partes.

- La Ley 1696 de 2013 de 19 de diciembre de 2013, "por medio de la cual se dictan normas penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del

Alcohol u otras sustancias psicoactivas", adicionó el artículo 110.6 CPC en los siguientes términos:

> **Artículo 110. Circunstancias de agravación punitiva para el homicidio culposo.** La pena prevista en el artículo anterior se aumentará […]
>
> **6.** Si al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1º[3] o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de las dos terceras partes al doble, en la pena principal y accesoria

- La Ley 1709 de 20 de enero de 2014, "por medio de la cual se reforman algunos artículo de la ley 65 de 1993, de la ley 599 de 2000 y la ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones":

  (i) Derogó el artículo 38A.

  (ii) Modificó los artículos 38, 63, 64, 68A y 89, en los siguientes términos:

> **Artículo 38.** *La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.* La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.
>
> El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.
>
> Parágrafo. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.
>
> **Artículo 63.** *Suspensión de la ejecución de la pena.* La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:
>
> 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
>
> 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
>
> 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

[3] Conforme a la ley 1696 de 2013, el grado cero de alcoholemia comprende entre 20 y 39 mg de etanol/100ml de sangre total, el primero entre 40-99 y el "segundo grado de embriaguez**,** entre 100 y 149 mg de etanol/100ml de sangre total" y el "tercer grado de embriaguez, desde 150 mg de etanol/100ml de sangre total en adelante".

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.

Artículo 64. *Libertad condicional*. El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.

2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no exista necesidad de continuar la ejecución de la pena.

3. Que demuestre arraigo familiar y social. Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo. En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado. El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.

Artículo 68A. *Exclusión de los beneficios y subrogados penales*. No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o

importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro[4]; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 1o**.** Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

Artículo 89. *Término de la prescripción de la sanción penal.* La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco años contados a partir de la ejecutoria de la correspondiente sentencia.

La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años.

(iii) Adicionó los artículos 38B, 38C, 38D, 38E, 38F, 38G y 388B, en los siguientes términos:

Artículo 38B. *Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.* Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

[4] En relación con el artículo 316-A de la misma norma.

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Artículo 38C. *Control de la medida de prisión domiciliaria.* El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

El Inpec deberá realizar visitas periódicas a la residencia del condenado y le informará al Despacho Judicial respectivo sobre el cumplimiento de la pena.

Con el fin de contar con medios adicionales de control, el Inpec suministrará la información de las personas cobijadas con esta medida a la Policía Nacional, mediante el sistema de información que se acuerde entre estas entidades.

Parágrafo**.** La persona sometida a prisión domiciliaria será responsable de su propio traslado a las respectivas diligencias judiciales, pero en todos los casos requerirá de autorización del Inpec para llevar a cabo el desplazamiento.

Artículo 38D. *Ejecución de la medida de prisión domiciliaria***.** La ejecución de esta medida sustitutiva de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, excepto en los casos en que este pertenezca al grupo familiar de la víctima.

El juez podrá ordenar, si así lo considera necesario, que la prisión domiciliaria se acompañe de un mecanismo de vigilancia electrónica.

El juez podrá autorizar al condenado a trabajar y estudiar fuera de su lugar de residencia o morada, pero en este caso se controlará el cumplimiento de la medida mediante un mecanismo de vigilancia electrónica.

Artículo 38E. *Redención de pena durante la prisión domiciliaria.* La persona sometida a prisión domiciliaria podrá solicitar la redención de pena por trabajo o educación ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de acuerdo a lo señalado en este Código. Las personas sometidas a prisión domiciliaria tendrán las mismas garantías de trabajo y educación que las personas privadas de la libertad en centro de reclusión.

Parágrafo. El Ministerio de Trabajo generará en coordinación con el Ministerio de Justicia y el Inpec las condiciones necesarias para aplicar la normatividad vigente sobre teletrabajo a las personas sometidas a prisión domiciliaria.

Artículo 38F. *Pago del mecanismo de vigilancia electrónica.* El costo del brazalete electrónico, cuyo tarifa será determinada por el Gobierno Nacional, será sufragado por el beneficiario de acuerdo a su capacidad económica, salvo que se demuestre fundadamente que el beneficiario carece de los medios necesarios para costearla, en cuyo caso estará a cargo del Gobierno Nacional.

Artículo 38G. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del

artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2o del artículo 376 del presente código.

- La Ley 1719 de 18 de junio de 2014, "por la cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones":

  (i) Modificó los artículos 141 y 83, párr. 2º CPC, en los siguientes términos:

  Artículo 83, párr. 2º. El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de tminta (38) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzzrá a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.

  Artículo 141. *Prostitución forzada en persona protegida*. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

  (ii) Adicionó los artículos 138A, 139A, 139B, 139C, 139D, 139E, 141A, 141B, 212A y 216.5 CPC, en los siguientes términos:

  Artículo 138A. *Acceso camal abusivo en persona protegida menor de catorce años*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, acceda carnalmente a persona protegida menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

  Artículo 139A. *Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años*. El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona protegida menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de sesenta y

cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salaríos mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 139B. *Esterilización forzada en persona proterida*. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, prive a persona protegida de la capacidad de reproducción biológica, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuienta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. No se entenderá como esterilización forzada la privación de la capacidad de reproducción biológica que corresponda a las necesidades de tratamiento consentido por la victima.

Artículo 139C. *Embarazo forzado en persona protegida*. El que con ocasión del conflicto armado, habiendo dejado en embarazo a persona protegida como resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal violento, abusivo o en persona puesta en incapacidad de resistir, obligue a quien ha quedado en embarazo a continuar con la gestación, incurrirá en prisión de ciento sesenta meses (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 139D. *Desnudez forzada en persona protegida*. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, obligue a persona protegida a desnudarse total o parcialmente o a permanecer desnuda, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 139E. *Aborto forzado en persona protegida*. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, a través de la violencia interrumpa u obligue a interrumpir el embarazo de persona protegida sin su consentimiento, incurrirá en prisión de ciento sesenta meses (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 141A. *Esclavitud sexual en persona protegida*. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ejerza uno de los atributos del derecho de propiedad por medio de la violencia sobre persona protegida para que realice uno o más actos de naturaleza sexual, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 141B. *Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual*. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, capte, traslade, acoja o reciba a una persona protegida dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación sexual, incurrirá en prisión de ciento cincuenta y seis (156) a doscientos setenta y seis (276) meses y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación de carácter sexual el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena, la esclavitud sexual, el matrimonio servil, el turismo sexual o cualquier otra forma de explotación sexual.

Artículo 212A. *Violencia*. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.

Artículo 216. *Circunstancias de agravación punitiva.* Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta: […]

5. La conducta se cometiere como forma de retaliación, represión o silenciamiento de personas que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o defensoras de Derechos Humanos.

Ley 1652 de 12 de julio de 2013, por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1º. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente parágrafo:

> También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código.

Artículo 2º. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así:

> **Artículo 206A.** *Entrevista forense a Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual*. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188ª, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:
>
> d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia. Sin perjuicio de su presencia en la diligencia.
>
> En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.
>
> Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense.
>
> En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad;
>
> e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito;
>
> f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada.

> Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo Que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.
>
> Parágrafo 1º. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.
>
> Parágrafo 2º. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

Artículo 3º. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor:

> e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

Artículo 4º. *Vigencia*. La presente ley rige a partir de su promulgación.

Ley 1696 de 19 de diciembre de 2013, por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

CAPÍTULO. I

Objeto

Artículo 1°. La presente ley tiene por objeto establecer sanciones penales y administrativas a la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas.

CAPÍTULO. II

Medidas Penales

Artículo 2°. Adiciónese un numeral al artículo 110 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, el cual quedará así: […][1]

CAPÍTULO. III

Medidas administrativas

Artículo 3°. Modifíquese el parágrafo del artículo 26 de la Ley 769 de 2002, artículo modificado por el artículo 7° de la Ley 1383 de 2010, el cual quedará así:

> **Parágrafo.** La suspensión o cancelación de la Licencia de Conducción implica la entrega obligatoria del documento a la autoridad de tránsito competente para imponer la sanción por el periodo de la suspensión o a partir de la cancelación de ella.
>
> La resolución de la autoridad de tránsito que establezca la responsabilidad e imponga la suspensión o cancelación de la licencia de conducción, deberá contener la prohibición expresa al infractor de conducir vehículos automotores durante el tiempo que se le suspenda o cancele la licencia.
>
> La notificación de la suspensión o cancelación de la licencia de conducción, se realizará de conformidad con las disposiciones aplicables del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
>
> Una vez se encuentre en firme la resolución de la autoridad de tránsito mediante la cual cancela la licencia de conducción, por las causales previstas en los numerales 6° y 7° de este artículo, se compulsarán copias de la actuación administrativa a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia.
>
> Transcurridos veinticinco (25) años desde la cancelación, el conductor podrá volver a solicitar una nueva licencia de conducción.

[1] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.

Artículo 4°. *Multas*. Elimínese el numeral E.3 y créese el literal F en el artículo 131 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010 así:

> **Artículo 131. *Multas*.** Los infractores de las normas de tránsito serán sancionados con la imposición de multas, de acuerdo con el tipo de infracción, así:
>
> [...]
>
> **F.** Conducir bajo el influjo del alcohol o bajo los efectos de sustancias psicoactivas. Esta conducta será sancionada con las multas establecidas en el artículo 152 de este Código. Si se trata de conductores de vehículos de servicio público, de transporte escolar o de instructor de conducción, la multa y el período de suspensión de la licencia se duplicarán. En todos los casos de embriaguez o alcoholemia el vehículo será inmovilizado.
>
> El estado de embriaguez o alcoholemia se establecerá mediante una prueba que no cause lesión, la cual será determinada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Artículo 5°. El artículo 152 de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 1° de la Ley 1548 de 2012, quedará así:

> **Artículo 152. *Sanciones y grados de alcoholemia*.** Si hecha la prueba, se establece que el conductor se encuentra en alguno de los siguientes grados de alcoholemia, incurrirá en las sanciones respectivas, según el nivel de reincidencia correspondiente de conformidad con lo indicado a continuación para cada evento:
>
> **1. Grado cero de alcoholemia**, entre 20 y 39 mg de etanol/100 ml de sangre total, se impondrá:
>
> **1.1. Primera vez**
>
> 1.1.1. Suspensión de la licencia de conducción por un (1) año.
>
> 1.1.2. Multa correspondiente a noventa (90) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).
>
> 1.1.3. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante veinte (20) horas.
>
> 1.1.4. Inmovilización del vehículo por un (1) día hábil.
>
> **1.2. Segunda Vez**
>
> 1.2.1. Suspensión de la licencia de conducción por un (1) año.
>
> 1.2.2. Multa correspondiente a ciento treinta y cinco (135) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).
>
> 1.2.3. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante veinte (20) horas.
>
> 1.2.4. Inmovilización del vehículo por un (1) día hábil.
>
> **1.3. Tercera Vez**
>
> 1.3.1. Suspensión de la licencia de conducción por tres (3) años.
>
> 1.3.2. Multa correspondiente a ciento ochenta (180) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

1.3.3. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante treinta (30) horas.

1.3.4. Inmovilización del vehículo por tres (3) días hábiles.

2. Primer grado de embriaguez, entre 40 y 99 mg de etanol/100 ml de sangre total, se impondrá:

2.1. Primera Vez

2.2.1. (sic) Suspensión de la licencia de conducción por tres (3) años.

2.1.2. Multa correspondiente a ciento ochenta (180) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

2.1.3. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante treinta (30) horas.

2.1.4. Inmovilización del vehículo por tres (3) días hábiles.

2.2. Segunda Vez

2.2.1. Suspensión de la licencia de conducción por seis (6) años.

2.2.2. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante cincuenta (50) horas.

2.2.3. Multa correspondiente a doscientos setenta (270) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

2.2.4. Inmovilización del vehículo por cinco (5) días hábiles.

2.3. Tercera Vez

2.3.1. Cancelación de la licencia de conducción.

2.3.2. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante sesenta (60) horas.

2.3.3. Multa correspondiente a trescientos sesenta (360) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

2.3.4. Inmovilización del vehículo por diez (10) días hábiles.

3. Segundo grado de embriaguez, entre 100 y 149 mg de etanol/100 ml de sangre total, se impondrá:

3.1. Primera Vez

3.1.1. Suspensión de la licencia de conducción por cinco (5) años.

3.1.2. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante cuarenta (40) horas.

3.1.3. Multa correspondiente a trescientos sesenta (360) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

3.1.4. Inmovilización del vehículo por seis (6) días hábiles.

3.2. Segunda Vez

3.2.1. Suspensión de la licencia de conducción por diez (10) años.

3.2.2. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante sesenta (60) horas.

3.2.3. Multa correspondiente a quinientos cuarenta (540) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

3.2.4. Inmovilización del vehículo por diez (10) días hábiles.

3.3. Tercera Vez

3.3.1. Cancelación de la licencia de conducción.

3.3.2. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante ochenta (80) horas.

3.3.3. Multa correspondiente a setecientos veinte (720) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

3.3.4 Inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles.

4. Tercer grado de embriaguez, desde 150 mg de etanol/100 ml de sangre total en adelante, se impondrá:

4.1. Primera Vez

4.1.1. Suspensión de la licencia de conducción por diez (10) años.

4.1.2. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancia psicoactivas, durante cincuenta (50) horas.

4.1.3. Multa correspondiente a setecientos veinte (720) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

4.1.4. Inmovilización del vehículo por diez (10) días hábiles.

4.2. Segunda Vez

4.2.1. Cancelación de la licencia de conducción.

4.2.2. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante ochenta (80) horas.

4.2.3. Multa correspondiente a mil ochenta (1.080) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

4.2.4. Inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles.

4.3. Tercera Vez

4.3.1. Cancelación de la licencia de conducción.

4.3.2. Realización de acciones comunitarias para la prevención de la conducción bajo el influjo del alcohol o sustancias psicoactivas, durante noventa (90) horas.

4.3.3. Multa correspondiente a mil cuatrocientos cuarenta (1.440) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv).

4.3.4. Inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles.

Parágrafo 1°. Si el conductor reincide en un grado de alcoholemia distinto a aquel en el que fue sorprendido la última vez, se le aplicarán las sanciones del grado en el que sea hallado.

Para determinar el orden de reincidencia que corresponda, será considerado el número de ocasiones en que haya sido sancionado con antelación, por conducir bajo el influjo de alcohol en cualquiera de los grados previstos en este artículo.

Parágrafo 2°. En todos los casos enunciados, la autoridad de tránsito o quien haga sus veces, al momento de realizar la orden de comparendo procederá a realizar la retención preventiva de la licencia de conducción que se mantendrá hasta tanto quede en firme el acto administrativo que decide sobre la responsabilidad contravencional. La retención deberá registrarse de manera inmediata en el RUNT.

Parágrafo 3°. Al conductor del vehículo automotor que pese a ser requerido por las autoridades de tránsito, con plenitud de garantías, no permita la realización de las pruebas físicas o clínicas a que se refiere la presente ley o se dé a la fuga, se le cancelará la licencia, se le impondrá multa correspondiente a mil cuatrocientos cuarenta (1.440) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv) y procederá la inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles.

Parágrafo 4°. En el evento en que la alcoholemia sea igual o superior a 20 mg de etanol/100 ml de sangre, se aplicará las sanciones establecidas sin que sea necesario realizar pruebas adicionales para la determinación de la presencia de otras sustancias psicoactivas.

Parágrafo 5°. Para los conductores que incurran en las faltas previstas en el presente artículo no existirá la reducción de multas de la que trata el artículo 136 de la Ley 769 de 2002.

CAPÍTULO. IV

Disposiciones finales

Artículo 6°. ***Medidas especiales para procedimientos de tránsito.*** El Gobierno Nacional implementará los mecanismos tecnológicos necesarios para garantizar que los procedimientos de tránsito, adelantados por las autoridades competentes, queden registrados en video y/o audio que permita su posterior consulta.

Artículo 7°. ***Registro de antecedentes de tránsito.*** Para efectos de contabilizar las sanciones contempladas en el artículo 152 de la Ley 769 de 2002 y establecer la posible reincidencia, estos datos permanecerán en el RUNT o en el registro que haga sus veces.

Después de cumplidas las sanciones, esta información no será de acceso público y solo podrá ser consultada por las autoridades de tránsito, el titular de la información u orden judicial.

Artículo 8°. ***Tratamiento integral a personas condenadas penalmente.*** A quien fuere condenado penalmente, y le fuere imputado el agravante descrito en el numeral 6 del artículo 110 de la Ley 599 de 2000, se le brindará tratamiento integral contra el alcoholismo, según lo dispuesto en el Plan Obligatorio de Salud o el que haga sus veces.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Artículo 9°. ***Publicación de sanciones y obligaciones por conducción en estado de embriaguez.*** Las sanciones y obligaciones consignadas en esta ley, deberán hacerse

notoriamente públicas en todos los establecimientos donde se expendan bebidas embriagantes y en los parqueaderos de vehículos automotores.

Artículo 10º. ***Vigencia y Derogatoria.*** La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Ley 1709 de 20 de enero de 2014, por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993[1], de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

Artículo 1º. Modifícase el artículo 2o de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 2º. ***Legalidad***. Toda persona es libre. Nadie puede ser sometido a prisión o arresto, ni detenido sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Nadie podrá ser sometido a pena, medida de seguridad, ni a un régimen de ejecución que no esté previsto en la ley vigente.

La detención preventiva de las personas que están siendo investigadas o juzgadas es excepcional.

Artículo 2º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 3A. ***Enfoque diferencial***. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional.

Artículo 3º. Modifícase el artículo 4o de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 4º. ***Penas y medidas de seguridad***. Son penas privativas de la libertad personal las previstas en la ley para los imputables, como la prisión y el arresto.

La prisión es la pena privativa de la libertad impuesta, mediante sentencia, como sanción por la comisión de un delito y se cumple en un establecimiento penitenciario o en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine.

El arresto es la pena privativa de la libertad impuesta como sustitutiva de la pena de multa, como unidad de multa, y se cumple en los establecimientos especialmente destinados para este efecto o en el lugar que el juez determine.

La pena de prisión podrá ser intramural o domiciliaria. La prisión domiciliaria es sustitutiva de la prisión intramural.

Son medidas de seguridad las aplicables a los inimputables conforme al Código Penal.

[1] Código Penitenciario y Carcelario.

PARÁGRAFO 1º. En ningún caso el goce efectivo del derecho a la libertad, a la aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o a cualquier otro beneficio judicial o administrativo, podrá estar condicionado al pago de la multa.

PARÁGRAFO 2º. En firme la sentencia, la misma se remitirá a la jurisdicción coactiva para que se ejecute el cobro de la multa como pena accesoria a la pena de prisión.

PARÁGRAFO 3º. En los eventos en los cuales la persona condenada carezca de los medios para el pago de la multa, el juez dispondrá que preste un servicio no remunerado en beneficio de la comunidad. Las entidades territoriales informarán a los jueces de ejecución de penas sobre los trabajos que pueden prestar las personas que carezcan de medios para el pago de la multa.

Artículo 4º. Modifícase el artículo 5o de la Ley 65 de 1993 el cual quedará así:

Artículo 5º. ***Respeto a la dignidad humana***. En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral.

Las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto.

Lo carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Artículo 5º. Adiciónase un artículo 7A en la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 7A. ***Obligaciones especiales de los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad***. Los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad tienen el deber de vigilar las condiciones de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad impuesta en la sentencia condenatoria.

Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la libertad o su apoderado de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación, también deberán reconocer los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión que resulten procedentes cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos.

La inobservancia de los deberes contenidos en este artículo será considerada como falta gravísima, sin perjuicio de las acciones penales a las que haya lugar.

El Consejo Superior de la Judicatura garantizará la presencia permanente de al menos un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en aquellos establecimientos que así lo requieran de acuerdo con solicitud que haga el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). En los demás establecimientos se garantizarán visitas permanentes.

Artículo 6º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993 así:

Artículo 10A. ***Intervención mínima.*** El sistema penitenciario velará por el cumplimiento de los derechos y las garantías de los internos; los que solo podrán ser limitados según lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y los reglamentos del régimen interno del Establecimiento Penitenciario y Carcelario.

Artículo 7º. Modifícase el artículo 15 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 15. ***Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario***. El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), como, adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país; por la Escuela Penitenciaria Nacional; por el Ministerio de Salud y Protección Social; por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y por las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas con el sistema.

El sistema se regirá por las disposiciones contenidas en este Código y por las demás normas que lo adicionen y complementen.

Artículo 8º. Modifícase el artículo 16 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 16. ***Establecimientos de reclusión nacionales***. Los establecimientos de reclusión del orden nacional serán creados, fusionados, suprimidos, dirigidos y vigilados por el Inpec.

El Inpec, en coordinación con la Uspec, determinará los lugares donde funcionarán dichos establecimientos.

Cuando se requiera hacer traslado de condenados el Director del Inpec queda facultado para hacerlo dando previo aviso a las autoridades competentes.

Se faculta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público asignar los recursos suficientes a la Uspec para la creación, organización y mantenimiento de los establecimientos de reclusión.

PARÁGRAFO 1º. Todos los nuevos centros de reclusión contarán con un perímetro de aislamiento de por lo menos 200 metros de distancia de cualquier desarrollo urbano.

PARÁGRAFO 2º. Todos los establecimientos de reclusión deberán contar con las condiciones ambientales, sanitarias y de infraestructura adecuadas para un tratamiento penitenciario digno.

Artículo 9º. Adiciónase un artículo 16A a la Ley 65 de 1993, del siguiente tenor:

Artículo 16A. ***Consideraciones técnicas de telecomunicaciones en centros de reclusión***. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) deberá realizar todas las acciones necesarias para limitar el uso de equipos terminales de comunicaciones así como controlar y/o impedir las comunicaciones no autorizadas al interior de los establecimientos penitenciarios y/o carcelarios del país.

Para cumplir con ese propósito, la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios deberá incluir en el diseño y construcción de los establecimientos penitenciarios y/o carcelarios los requerimientos técnicos necesarios que impidan, por parte de los internos el uso de dispositivos de comunicaciones no autorizados.

Del mismo modo, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) deberá realizar todas las acciones necesarios para evitar que se establezcan comunicaciones no autorizadas al interior de los establecimientos, tales como bloquear y/o inhibir aquellas comunicaciones soportadas en servicios móviles, satelitales, u otros sistemas de comunicación inalámbrica y en general de radiocomunicaciones, previa autorización del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mediante la

utilización de medidas tecnológicas o constructivas que eviten comunicaciones no autorizadas. En todo caso, el Inpec deberá adoptar todas las medidas técnicas dirigidas a evitar la afectación del servicio en las áreas exteriores al establecimiento penitenciario o carcelario.

Adicionalmente, cuando el Inpec detecte comunicaciones no autorizadas al interior de los establecimientos penitenciarios y/o carcelarios, solicitará a los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones el bloqueo de los terminales móviles involucrados en dichas comunicaciones.

Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, en coordinación con la Agencia Nacional del Espectro y el Inpec atenuarán las señales que cubren los establecimientos penitenciarios y/o carcelarios.

Para tal efecto, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y el Inpec deberán intercambiar toda la información pertinente y relevante.

PARÁGRAFO 1º. El Inpec podrá contratar directamente con los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones asignatarios de espectro radioeléctrico en bandas IMT definidas por UIT-R, el diseño, implementación, gestión, funcionamiento, operación, mantenimiento y/o continua optimización de las soluciones tecnológicas que sean necesarios para el bloqueo o inhibición de comunicaciones no autorizadas al interior de los establecimientos penitenciarios y/o carcelarios del país.

PARÁGRAFO 2º. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deberá incluir dentro de las condiciones para la renovación del uso del espectro de los actuales operadores de Telefonía Móvil Celular que operan en la banda de 850MHz, obligaciones tendientes al uso de medios tecnológicos que eviten las comunicaciones no autorizadas dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios.

PARÁGRAFO 3º. El uso del terminal móvil por fuera de los casos autorizados será considerado como falta gravísima para el funcionario que así lo permitiere o facilitare, y para la persona privada de la libertad será sancionada como falta grave conforme al artículo 123 de este Código.

Artículo 10º. Adiciónase un artículo 19A en la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 19A. ***Financiación de obligaciones.*** El Ministerio de Justicia y del Derecho promoverá la aprobación de un documento Conpes para garantizar la financiación de las obligaciones contenidas en los artículos 17 a 19 de la Ley 65 de 1993 y que están a cargo de las entidades territoriales.

Los recursos para el financiamiento de que habla el presente artículo provendrán del Presupuesto General de la Nación.

PARÁGRAFO 1º. El Ministerio de Justicia y del Derecho, desarrollará un proceso de formación y adecuación de las instituciones que desde los entes territoriales atienden o atenderán el funcionamiento de los centros carcelarios que estarán a cargo de estos, adecuándolos a la política general carcelaria y a las obligaciones nacionales e internacionales en materia de Derechos Humanos.

PARÁGRAFO 2º. Para los efectos del artículo 17 de la Ley 65 de 1993 se entenderá que las cárceles departamentales y municipales serán destinadas a las personas detenidas preventivamente.

Artículo 11º. Modifícase el artículo 20 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 20. ***Clasificación***. Los establecimientos de reclusión pueden ser:

1. Cárceles de detención preventiva.

2. Penitenciarías.

3. Casas para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio.

4. Centros de arraigo transitorio.

5. Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente. Estos establecimientos estarán bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales serán recluidas las personas con trastorno mental permanente o transitorio con base patológica.

6. Cárceles y penitenciarías de alta seguridad.

7. Cárceles y penitenciarías para mujeres.

8. Cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública.

9. Colonias.

10. Demás centros de reclusión que se creen en el sistema penitenciario y carcelario.

PARÁGRAFO. Los servidores y ex servidores públicos contarán con pabellones especiales dentro de los establecimientos del orden nacional que así lo requieran, conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

Artículo 12º. Modifícase el artículo 21 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 21. ***Cárceles y pabellones de detención preventiva***. Las cárceles y pabellones de detención preventiva son establecimientos con un régimen de reclusión cerrado. Estos establecimientos están dirigidos exclusivamente a la atención de personas en detención preventiva en los términos del artículo 17 de la Ley 65 de 1993, los cuales están a cargo de las entidades territoriales.

Podrán existir pabellones para detención preventiva en un establecimiento penitenciario para condenados, cuando así lo ameriten razones de seguridad, siempre y cuando estos se encuentren separados adecuadamente de las demás secciones de dicho complejo y de las personas condenadas.

Las entidades territoriales, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura podrán realizar las gestiones pertinentes para la construcción con junta de ciudadelas judiciales con un centro de detención preventiva anexos a sus instalaciones, así como articular todo lo necesario para la construcción y el mantenimiento de estos complejos judiciales.

Artículo 13º. Modifícase el artículo 22 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 22. ***Penitenciarías***. Las penitenciarías son establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en las cuales se ejecuta la pena de prisión, mediante un sistema progresivo para el tratamiento de los internos, en los términos señalados en el artículo 144 del presente Código.

Estos centros de reclusión serán de alta o máxima, media y mínima seguridad. Las especificaciones de construcción y el régimen interno establecerán la diferencia de estas categorías.

Las autoridades judiciales competentes podrán solicitar al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) que los detenidos o condenados sean internados o trasladados a un determinado centro de reclusión, en atención a sus condiciones de seguridad.

Artículo 14º. Modifícase el artículo 23 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 23. ***Cárcel para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio***. Son los lugares destinados para el cumplimiento de la detención preventiva y de la pena privativa de la libertad por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio.

Previa aprobación del Inpec, las entidades privadas podrán crear, organizar y administrar dichos establecimientos.

El Inpec expedirá el reglamento aplicable a estos centros, el cual deberá contemplar los requisitos de organización y funcionamiento. Estos establecimientos dependerán del respectivo establecimiento de reclusión del orden nacional de su jurisdicción.

Artículo 15º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 23A. ***Centros de arraigo transitorio***. Con el fin de garantizar la comparecencia al proceso, se crean los centros de arraigo transitorio, en el que se da atención de personas a las cuales se les ha proferido medida de detención preventiva y que no cuentan con un domicilio definido o con arraigo familiar o social.

La finalidad del centro de arraigo transitorio es lograr la reinserción laboral de la persona privada de la libertad y la recuperación del arraigo social y familiar, si es del caso, y contribuir a que al momento de proferirse la condena se le pueda otorgar algún mecanismo sustitutivo de la prisión.

Las personas detenidos preventivamente que sean remitidas a centros de arraigo transitorio deben permanecer allí hasta que se ordene su libertad por decisión judicial o se profiera sentencia condenatoria.

Una vez proferida la sentencia condenatoria la persona será trasladada al establecimiento penitenciario que corresponda o entrará a gozar de la medida sustitutiva de la prisión, si así lo ha determinado el juez de conocimiento.

Los centros de arraigo transitorio deben proveer a las personas que alberguen atención psicosocial y orientación laboral o vocacional durante el tiempo que permanezcan en dichos centros.

PARÁGRAFO. La Nación y las entidades territoriales podrán realizar los acuerdos a que haya lugar para la creación, fusión, supresión, dirección, organización, administración,

sostenimiento y vigilancia de los centros de arraigo transitorio en los mismos términos del artículo 17 de la Ley 65 de 1993. En todo caso, la creación de estos centros será progresiva y dependerá de la cantidad de internos que cumplan con los criterios para ingresar a este tipo de establecimientos. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Artículo 16º. Modifícase el artículo 24 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 24. ***Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente***. Estos establecimientos están destinados a alojar y rehabilitar a inimputables por trastorno mental, según decisión del juez de conocimiento previo dictamen pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y a aquellas personas a quienes se les sustituye la pena privativa de la libertad por internamiento en este tipo de establecimientos como consecuencia de un trastorno mental sobreviniente. En ningún caso este tipo de establecimiento podrá estar situado dentro de las cárceles o penitenciarías.

Estos establecimientos tienen carácter asistencial, deben especializarse en tratamiento psiquiátrico, rehabilitación mental con miras a la inclusión familiar, social y laboral.

La custodia y vigilancia externa de estos establecimientos estará a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), y la construcción de los mismos estará a cargo de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios. En todo caso, contarán con personal especializado en salud mental en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 105 del presente Código y con estricto cumplimiento de los estándares de calidad que para tal efecto determine el Ministerio de Salud y Protección Social en reglamentación que expida para tal efecto dentro del año siguiente a la expedición de la presente ley.

PARÁGRAFO. En los casos en los que el trastorno mental sea sobreviniente y no sea compatible con la privación de la libertad en un centro penitenciario y carcelario, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, o el juez de garantías si se trata de una persona procesada, previo dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, otorgarán la libertad condicional o la detención hospitalaria para someterse a tratamiento siquiátrico en un establecimiento destinado para inimputables y con las condiciones de seguridad de tales establecimientos, en el marco del régimen especial que aplique para el sistema de salud de los establecimientos penitenciarios y carcelarios.

Una vez se verifique mediante dictamen del Instituto de Medicina Legal que ha cesado el trastorno, la persona retornará al establecimiento de origen.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los anexos o pabellones psiquiátricos existentes serán reemplazados de manera gradual por los establecimientos de que trata el presente artículo, una vez estos sean construidos y puestos en funcionamiento.

Artículo 17º. Modifícase el artículo 25 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 25. ***Establecimientos de reclusión de alta seguridad***. Los establecimientos de reclusión de alta seguridad son establecimientos destinados al cumplimiento de la detención preventiva o de la pena, de personas privadas de la libertad, que ofrezcan especiales riesgos de seguridad a juicio del Director del Inpec.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El Gobierno Nacional reglamentará el régimen aplicable a estos establecimientos en un término no superior a seis (6) meses.

Artículo 18º. Modifícase el artículo 26 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 26. ***Establecimientos de reclusión de mujeres***. Las cárceles de mujeres son los establecimientos destinados para la detención preventiva de las mujeres procesadas.

Su construcción se hará conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 65 de 1993.

Las penitenciarías de mujeres son los establecimientos destinados para el cumplimiento de la pena impuesta a mujeres condenadas.

Estos establecimientos deberán contar con una infraestructura que garantice a las mujeres gestantes, sindicadas o condenadas, un adecuado desarrollo del embarazo.

Igualmente, deberán contar con un ambiente propicio para madres lactantes, que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en coordinación con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) establecerán las condiciones que deben cumplir los establecimientos de reclusión de mujeres con el fin de resguardar los derechos de los niños y las niñas que conviven con sus madres.

El ICBF visitará por lo menos una vez al mes estos establecimientos con el fin de constatar el cumplimiento de las condiciones de atención de los niños y niñas que conviven con sus madres de acuerdo con los lineamientos establecidos para tal fin, y realizará las recomendaciones a que haya lugar.

Artículo 19º. Modifícase el artículo 27 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 27. ***Establecimientos de reclusión para miembros de la Fuerza Pública.*** Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos en las instalaciones de la Unidad a la que pertenezcan, observando en todo caso el régimen aplicable a los procesados que cumplen la medida de detención preventiva en cárceles ordinarias.

La condena la cumplirán en centros penitenciarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

En relación con el sistema penitenciario y con estos centros especializados, el Ministerio de Defensa Nacional tendrá las siguientes funciones:

1. Establecer los lugares autorizados como centros de reclusión para miembros de la Fuerza Pública.

2. Construir o adecuar los centros de reclusión para miembros de la Fuerza Pública, previo concepto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

3. Garantizar que el personal a cargo de la custodia y vigilancia y de los procesos de resocialización cumpla con los requisitos, de independencia, capacitación e idoneidad para garantizar la labor encomendada.

PARÁGRAFO. La privación de la libertad se regirá por las mismas normas que rigen la privación de la libertad en los centros a cargo del Inpec, según reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Artículo 20º. Adiciónase un parágrafo al artículo 28 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

> **PARÁGRAFO.** La producción de estas colonias servirá de fuente de abastecimiento. En los casos en los que existan excedentes de producción, estos podrán ser comercializados. Lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que correspondan al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y la Unidad Administrativo de Servicios Penitenciarios y Carcelarios.

Artículo 21º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

> **Artículo 28A.** ***Detención en Unidad de Reacción Inmediata o similar.*** La detención en Unidad de Reacción Inmediata (URI) o unidad similar no podrá superar las treinta y seis (36) horas, debiendo garantizarse las siguientes condiciones mínimas: separación entre hombres y mujeres, ventilación y luz solar suficientes, separación de los menores de edad y acceso a baño.
>
> **PARÁGRAFO.** Dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la presente ley las Entidades Territoriales adecuarán las celdas a las condiciones de las que trata el presente artículo.

Artículo 22º. Modifícase el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 y quedará así: […][2]

Artículo 23º. Adiciónase un artículo 38B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor: […][3]

Artículo 24º. Adiciónase un artículo 38C a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor: […][4]

Artículo 25º. Adiciónase un artículo 38D de la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor: […][5]

Artículo 26º. Adicionase un artículo 38E a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor: […][6]

Artículo 27º. Adiciónase un artículo 38F a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor: […][7]

Artículo 28º. Adiciónase un artículo 38G a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor: […][8]

Artículo 29º. Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: […][9]

Artículo 30º. Modifícase el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así: […][10]

---

[2] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[3] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[4] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[5] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[6] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[7] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[8] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[9] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano

Artículo 31º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993 el cual quedará así:

Artículo 29F. *Revocatoria de la detención y prisión domiciliaria.* El incumplimiento de las obligaciones impuestas dará lugar a la revocatoria mediante decisión motivada del juez competente.

El funcionario del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) encargado del control de la medida o el funcionario de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, detendrá inmediatamente a la persona que está violando sus obligaciones y la pondrá en el término de treinta y seis horas (36) a disposición del juez que profirió la respectiva medida para que tome la decisión correspondiente.

La revocatoria de la medida se dispondrá con independencia de la correspondiente investigación por el delito de fuga de presos, si fuere procedente.

PARÁGRAFO. El Inpec podrá celebrar convenios con la Policía Nacional para el seguimiento del cumplimiento de la prisión domiciliaria cuando la guardia no sea suficiente para garantizar el desarrollo de la misma. La participación de la Policía Nacional dependerá de la capacidad operativa y logística de las unidades que presten el apoyo al Inpec.

Artículo 32º. Modifícase el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así: […][11]

Artículo 33º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 30A. *Audiencias virtuales.* La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) garantizarán en todos los establecimientos penitenciarios del país las locaciones y elementos tecnológicos necesarios para la realización de audiencias virtuales.

Cuando el centro de reclusión en el que se encuentre la persona privada de la libertad tenga sala para audiencias virtuales, se realizará la diligencia de esta manera, sin perjuicio de que la respectiva autoridad judicial resuelva efectuar la diligencia en el establecimiento penitenciario, para lo cual se trasladará al mismo.

El Consejo Superior de la Judicatura garantizará que en todos los distritos judiciales existan salas para que todos los jueces puedan atender las audiencias virtuales reguladas en esta norma. Para ello, el Consejo Superior de la Judicatura creará la Oficina de Gestión de Audiencias Virtuales, la cual se encargará de crear, administrar y asegurar la operatividad de estas salas, y el desarrollo de las audiencias para los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

De manera preferente los jueces realizarán audiencias virtuales.

Las peticiones relativas a la ejecución de la pena interpuesta, directa o indirectamente, por los condenados privados de la libertad serán resueltas en audiencia pública. Para tal fin el Consejo Superior de la Judicatura realizará las gestiones que sean pertinentes para que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad cuenten con los recursos tecnológicos para el cumplimiento de lo señalado en el presente artículo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. En el término de un (1) año, contado a partir de la publicación de la presente ley, el Consejo Superior de la Judicatura y la Unidad de

[10] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[11] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.

Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), llevarán a cabo las gestiones que sean necesarias para implementar el sistema de audiencias virtuales en aquellas zonas de alto riesgo, previa solicitud del Director General del Inpec.

Artículo 34º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 30B. ***Traslados de las personas privadas de la libertad.*** Salvo lo consagrado en el artículo anterior, la persona privada de la libertad que dentro de una actuación procesal sea citada ante autoridad competente, o que por su estado de salud deba ser llevada a un hospital o clínica, será remitida por el personal del cuerpo de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), garantizando sus derechos a la vida e integridad personal y a la dignidad humana previa solicitud de la autoridad competente.

Previa solicitud de la autoridad penitenciaria y carcelaria, la Policía Nacional podrá prestar el apoyo necesario para la realización de estos traslados en los casos excepcionales y cuando las condiciones de seguridad del recorrido o la peligrosidad del trasladado así lo ameriten según evaluación que realizará la Policía Nacional.

Artículo 35º. Modifícase el artículo 31 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 31. ***Vigilancia interna y externa.*** La vigilancia interna de los centros de reclusión estará a cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional. La vigilancia externa estará a cargo de la Fuerza Pública. Cuando no exista Fuerza Pública para este fin, la vigilancia externa la asumirá el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

PARÁGRAFO 1º. La Fuerza Pública, previo requerimiento o autorización del Ministro de Justicia y del Derecho o del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) o, en caso urgente, del director del establecimiento donde ocurran los hechos, podrá ingresar a las instalaciones y dependencias para prevenir o conjurar graves alteraciones de orden.

El Director de cada centro de reclusión podrá también solicitar el concurso de la Fuerza Pública para que esta se encargue de la vigilancia de dicho centro en las ocasiones en las que el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional celebre su día clásico o cuando por circunstancias excepcionales de orden interno o de seguridad deba reforzarse la vigilancia del centro de reclusión. La asistencia de la Fuerza Pública será transitoria.

PARÁGRAFO 2º. El Inpec, previo concepto favorable del Consejo Directivo de la Entidad, presentará, dentro del año siguiente a la publicación de la presente ley, los respectivos estudios con el fin de determinar la viabilidad técnica y financiera de la modificación para el fortalecimiento de la Planta de Personal.

PARÁGRAFO 3º. El Inpec, con el fin de garantizar la prestación del servicio de guardia y vigilancia al interior de los establecimientos, podrá vincular a quienes hubieren definido su situación militar como auxiliares del Inpec, previa la realización de cursos de complementación, salvo que hubieran sido amonestados en su ejercicio.

Artículo 36º. Adiciónase un parágrafo al artículo 33 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 33. ***Expropiación.*** Considérase de utilidad pública y de interés social la adquisición de los inmuebles destinados para la construcción de establecimientos penitenciarios y carcelarios y de aquellos aledaños a los establecimientos de reclusión

necesarios para garantizar la seguridad del establecimiento, de los reclusos y de la población vecina.

En estos casos, el Gobierno Nacional a través de la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) podrá efectuar la expropiación por vía administrativa, previa indemnización.

Prohíbase el funcionamiento de expendios públicos o de actividades que atenten contra la seguridad y la convivencia en un radio razonable de acción de los establecimientos de reclusión, el cual será convenido entre la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y los alcaldes respectivos, de conformidad con las leyes vigentes.

No se requerirá licencia urbanística de urbanización, parcelación, construcción o subdivisión en ninguna de sus modalidades para la construcción adecuación o ampliación de infraestructura penitenciaria y carcelaria.

Artículo 37º. Modifícase el artículo 34 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 34. ***Medios mínimos materiales.*** Cada establecimiento de reclusión deberá funcionar en una planta física adecuada a sus fines, a la población de internos y personal directivo, administrativo y de vigilancia que alberga y, contar con los medios materiales mínimos para el cumplimiento eficaz de sus funciones y objetivos.

La Uspec, previo concepto del Inpec, elaborará un manual de construcciones con las debidas especificaciones, según su clasificación legal y niveles de seguridad, efectividad y dignidad de su cometido, detención, resocialización o rehabilitación; el clima y terreno de su ubicación, su capacidad, espacios de alojamiento, trabajo, educación, recreación, materiales indicados y cuanto se requiera para el control económico y el acierto estructural y funcional de estas edificaciones.

En las construcciones de centros de reclusión se garantizará la adecuada prestación de los servicios públicos de agua potable, saneamiento básico, energía, y teléfono para la población de internos y personal administrativo.

Frente al servicio de agua potable debe garantizarse el suministro permanente a la población de internos para el uso del servicio sanitario y el baño diario.

PARÁGRAFO. Todos los establecimientos carcelarios y penitenciarios contarán con las condiciones de infraestructura adecuadas para la reclusión de la población en condiciones de discapacidad, teniendo en cuenta el artículo 5o numerales 2, 8, 10, el artículo 14 de la Ley 1618 de 2013.

Artículo 38º. Modifícase el artículo 38 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 38. ***Ingreso y formación.*** Para ejercer funciones de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria es necesario haber aprobado los cursos de formación y capacitación que para este efecto dictará la Escuela Penitenciaria Nacional.

Los Directores de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios serán de libre nombramiento y remoción. Para desempeñar el cargo de Director de cárcel o penitenciaría se requerirá título universitario en áreas que incluyan conocimientos en materias criminológicas, penales, carcelarias, de seguridad, administrativas o Derechos Humanos. Además, deberá realizar y aprobar el curso que organice la Escuela Penitenciaria Nacional para ocupar dicho cargo.

Artículo 39º. Modifícase el artículo 39 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 39. *De los cargos directivos*. El personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciario Nacional puede ser llamado a desempeñar cargos de Dirección en las dependencias del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) o en los centros de reclusión si reúne los requisitos para ello, sin perder los derechos de la carrera y pudiendo regresar al servicio de vigilancia una vez cese el ejercicio de cargo en la Dirección, conforme al artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

Artículo 40º. Modifícase el artículo 40 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así;

Artículo 40. *De la carrera penitenciaria*. La carrera penitenciaria estará regulada por los principios que consagra este estatuto y por las normas vigentes y las que lo adicionen, complementen o modifiquen.

El Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) será de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. Deberá ser abogado, sociólogo, psicólogo, administrador policial o de empresas, acreditado con título debidamente reconocido, contar con una experiencia profesional de ocho (8) años como mínimo y, en cada caso, con especialización en ciencias penales o penitenciarias; Derechos Humanos; criminológicas; seguridad ciudadana; y/o seguridad y defensa.

De la misma manera podrá ser designado para este cargo quien se haya desempeñado como Magistrado en el ámbito penal o haya ejercido la profesión de abogado en dicho ámbito por un término de ocho (8) años o se haya desempeñado como profesor universitario en el área penal o criminológica por un lapso no inferior a ocho (8) años.

El Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) deberá presentar un informe de rendición de cuentas anualmente al Ministro de Justicia y del Derecho, con el fin de garantizar un desempeño eficiente en la gestión.

Artículo 41º. Adiciónase un literal al artículo 45 de la Ley 65 de 1993 el cual quedará así:

Artículo 45. *Prohibiciones*. Los miembros del Cuerpo de Custodia y vigilancia, tienen las siguientes prohibiciones:

[…]

f) Permitir, facilitar o autorizar, sin que haya lugar a ello, a los internos el uso del teléfono celular o cualquier otro medio de comunicación. El incumplimiento de lo dispuesto en este literal constituye falta gravísima.

Artículo 42º. Modifícase el artículo 51 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 51. Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad garantizará la legalidad de la ejecución de las sanciones penales. En los establecimientos donde no existan permanentemente jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad estos deberán realizar al menos dos visitas semanales a los establecimientos de reclusión que le sean asignados.

El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, además de las funciones contempladas en el Código de Procedimiento Penal, tendrá las siguientes:

1. Verificar las condiciones del lugar o del establecimiento de reclusión donde deba ubicarse la persona condenada, repatriada o trasladada.

2. Conocer de la ejecución de la sanción penal de las personas condenadas, repatriadas o trasladadas, cuya ubicación le será notificada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto por el cual se disponga la designación del establecimiento.

3. Hacer seguimiento a las actividades dirigidas a la integración social del interno. Para ello deberá conceptuar periódicamente sobre el desarrollo de los programas de trabajo, estudio y enseñanza.

4. Conocer de las peticiones que los internos o apoderados formulen en relación con el Reglamento Interno y tratamiento penitenciario en cuanto se refiera a los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena.

PARÁGRAFO 1º. El Consejo Superior de la Judicatura, el Inpec y la Uspec, dentro del marco de sus competencias, establecerán y garantizarán las condiciones que sean necesarias para que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad cumpla sus funciones en los establecimientos de reclusión que les hayan sido asignados.

Igualmente propenderán a que en cada centro penitenciario haya por lo menos un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad atendiendo de manera permanente las solicitudes de los internos.

PARÁGRAFO 2º. Los Jueces de Ejecución de Penos y Medidas de Seguridad llevarán el registro de sus actuaciones en un expediente digitalizado y utilizarán, siempre que ello sea posible, medios electrónicos en la realización y para la conservación de las audiencias y diligencias.

PARÁGRAFO 3º. El Consejo Superior de la Judicatura garantizará el número de Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que sea necesario para asegurar la pronta decisión de las peticiones de los reclusos en relación con la ejecución de la pena. Así mismo garantizará una equitativa distribución de funciones y tareas.

PARÁGRAFO 4º. El Inpec, la Uspec y el Consejo Superior de la Judicatura tomarán todas las medidas necesarias para que se dé cumplimiento al principio de oralidad en la decisión de las solicitudes en la etapa de ejecución de la pena o de la medida de seguridad.

Artículo 43º. Modifícase el artículo 56 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 56. ***Sistemas de información*****.** El Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (Sisipec) será la fuente principal de información de las autoridades penitenciarias, carcelarias y judiciales en lo relativo a las condiciones de reclusión de cada una de las personas privadas de la libertad que se encuentren bajo custodia del Sistema Penitenciario y Carcelario. En caso de que existan personas cuya identidad no ha sido determinada o se encuentran indocumentadas, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) llevará a cabo las gestiones ante la Registraduría Nacional del Estado Civil con el fin de lograr su plena identificación.

El Sisipec deberá tener cifras y estadísticas actualizadas con los partes diarios de cada establecimiento sobre la situación de cada una de las personas privadas de la libertad y sus cartillas biográficas respectivas.

El Sisipec será el instrumento principal en el cual se basarán las autoridades penitenciarias encargadas de declarar los estados de emergencia penitenciaria y carcelaria de acuerdo con la causal que corresponda.

Los Directores de los establecimientos penitenciarios deberán reportar y actualizar diariamente el Sisipec so pena de incurrir en una falta disciplinaria gravísima.

La información del Sisipec que no esté sometida a reserva legal por razones de seguridad o con el fin de proteger la intimidad de las personas privadas de la libertad será pública y de libre acceso vía internet para la ciudadanía y para todas las instituciones del Estado. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) en coordinación con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) deberá garantizar a los funcionarios judiciales, en especial a los jueces de control de garantías, penales y de ejecución de penas y medidas de seguridad, el acceso permanente, fluido y actualizado a la información del Sisipec sobre los casos de su competencia. El Ministerio de Justicia y del Derecho tendrá acceso a esta base de datos para el cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias.

Artículo 44º. Modifícase el artículo 60 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 60. ***Depósito de objetos personales y valores.*** Los capturados, detenidos o condenados, al ingresar a un establecimiento de reclusión, serán requisados cuidadosamente. De los valores que se le retiren al interno en el momento de su ingreso se le expedirá el correspondiente recibo. La omisión de lo aquí dispuesto constituirá falta disciplinaria para quien debió expedir dicho recibo.

Los valores y objetos que posean deberán ser entregados a quien indique el interno o depositados donde señale el reglamento de régimen interno.

En caso de fuga o muerte del interno, los valores y objetos pasarán a los familiares.

Artículo 45º. Modifícase el artículo 61 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 61. ***Examen de ingreso y egreso.*** Al momento de ingresar un procesado o condenado al centro de reclusión se le abrirá el correspondiente registro en el Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (Sisipec) y deberá ser sometido a examen médico, con el fin de verificar su estado físico, patologías y demás afecciones para la elaboración de la ficha médica correspondiente. Si durante la realización del examen se advierte la necesidad de atención médica se dará la misma de inmediato. Cuando se advierta trastornos psíquicos y mentales se remitirá para valoración psiquiátrica y se comunicará al juez que corresponda con el fin de que se dé la orden de traslado a uno de los establecimientos de que trata el artículo 24 de la Ley 65 de 1993, si la enfermedad es incompatible con la privación de la libertad en un establecimiento penitenciario o carcelario.

En los momentos previos a la excarcelación de una persona privada de la libertad del centro de reclusión deberá ser sometido a un examen médico con el fin de verificar su estado físico, patológico y demás afecciones y dicha información será registrada en el Sisipec, y confrontada con los resultados del examen médico de ingreso, con el objeto de garantizar la continuidad en la atención y prestación de los servicios de salud.

PARÁGRAFO. Si el interno se encontrare herido o lesionado se informará este hecho al funcionario de conocimiento.

Artículo 46º. Modifícase el artículo 64 de la Ley 65 de 1993, así:

Artículo 64. *Celdas y dormitorios*. Las celdas y dormitorios permanecerán en estado de limpieza y de aireación. El Inpec y la Uspec tienen el deber de amoblar los dormitorios, dotarlos de ropa apropiada y de condiciones necesarias para el adecuado descanso nocturno. Los demás elementos permitidos serán señalados en el reglamento general.

Los dormitorios comunes y las celdas, están cerrados durante el día en los términos que establezca el reglamento. Los internos pasarán a aquellos, a la hora de recogerse y no se permitirán conductas y ruidos o voces que perturben el reposo.

La limpieza del establecimiento estará a cargo de los internos. En el reglamento se organizará la forma de prestarse este servicio por turnos y de manera que a todos corresponda hacerlo. El aseo del alojamiento individual y su conservación el estado de servicio, será responsabilidad del interno que lo ocupa. Las labores aquí enunciadas, no forman parte del régimen ocupacional para la redención de la pena.

Deberán adoptarse las medidas necesarias a fin de eliminar las barreras físicas de las personas en situación de discapacidad, mejorando las condiciones de accesibilidad y creando celdas especiales que se adapten a sus necesidades particulares.

Artículo 47º. Modifícase el artículo 65 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 65. *Uniformes*. Los condenados sin excepción vestirán uniformes. Estos serán confeccionados en corte y color que no riñan con la dignidad de la persona humana. Serán adecuados a las condiciones climáticas, así como al estado de salud de los internos, garantizando dentro de los límites razonables y proporcionales sus demás derechos fundamentales. Habrá uniformes diferenciados para hombres y mujeres.

Artículo 48º. Modifícase el artículo 67 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 67. *Provisión de alimentos y elementos*. La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) tendrá a su cargo la alimentación de las personas privadas de la libertad.

Cuando resulte necesario y únicamente por razones de salud, el médico podrá establecer la modificación del régimen alimentario de las personas privadas de la libertad o podrá autorizar que estas se provean su propia alimentación desde el exterior del establecimiento penitenciaria siempre y cuando se cumpla con las condiciones de seguridad e higiene del mismo. En los demás casos solo podrá ser autorizado por el Consejo de Disciplina. Se tendrán en cuenta, en todo caso, las convicciones religiosas de la persona privada de la libertad.

Bajo ninguna circunstancia las personas privadas de la libertad podrán contratar la preparación de alimentos al interior de los centros de reclusión. Está prohibida la suspensión o limitación de la alimentación como medida disciplinaria.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) tendrán a su cargo, conforme a sus competencias la dotación de elementos y equipos de trabajo, sanidad, didácticos, deportivos, de recreación y vestuario deben suministrarse en los establecimientos de reclusión.

Artículo 49º. Modifícase el artículo 68 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 68. ***Políticas y planes de provisión alimentaria.*** La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) fijará las políticas y planes de provisión alimentaria que podrá ser por administración directa o por contratos con particulares. Los alimentos deben ser de tal calidad y cantidad que aseguren la suficiente y balanceada nutrición de las personas privadas de la libertad. La alimentación será suministrada en buenas condiciones de higiene y presentación. Los internos comerán sentados en mesas decentemente dispuestas.

En la manipulación de los alimentos se deberá observar una correcta higiene. Los equipos de personas encargadas del mantenimiento de las cocinas de los establecimientos penitenciarios deberán conservarlas limpias y desinfectadas evitando guardar residuos de comida y dándoles un uso correcto a los utensilios, de conformidad con el manual que para tal efecto expida la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec).

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) expedirá el manual correspondiente dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 50º. Modifíquese el artículo 70 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 70. ***Libertad***. La libertad del interno solo procede por orden de autoridad judicial competente. No obstante, si transcurren los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal y no se ha legalizado la privación de la libertad, y si el interno no estuviere requerido por otra autoridad judicial, el Director del establecimiento de reclusión tiene la obligación de ordenar la excarcelación inmediata bajo la responsabilidad del funcionario que debió impartirla.

La Dirección de cada establecimiento penitenciario deberá informar en un término no inferior a treinta (30) días de anterioridad a la autoridad judicial competente sobre la proximidad del cumplimiento de la condena, con el fin de que manifiesten por escrito si existe la necesidad de suspender el acceso a la libertad de la persona privada de la libertad y los fundamentos jurídicos para ello.

El incumplimiento del precepto contenido en el presente artículo acarreará sanciones de índole penal y disciplinaria para el funcionario responsable de la omisión.

Cuando el Director del establecimiento verifique que se ha cumplido físicamente la sentencia ejecutoriada solicitará la excarcelación previa comprobación de no estar requerido por otra autoridad judicial. Cuando se presente el evento de que trata este inciso, el director del establecimiento pondrá los hechos en conocimiento del juez de ejecución de penas con una antelación no menor de treinta días con el objeto de que exprese su conformidad.

Artículo 51º. Modifícase el artículo 72 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 72. ***Fijación de pena, medida de aseguramiento y medida de seguridad.*** El Juez de Conocimiento o el Juez de Control de Garantías, según el caso, señalará el centro de reclusión o establecimiento de rehabilitación donde deban ser recluidas las personas en detención preventiva. En el caso de personas condenadas, la autoridad judicial la pondrá a disposición del Director del Inpec, en el establecimiento más cercano, quien determinará el centro de reclusión en el cual deberá darse cumplimiento de la pena.

En caso de inimputables por trastorno mental o enfermedad mental sobreviniente, el juez deberá ponerlas a disposición del Servicio de Salud.

Artículo 52º. Modifícase el artículo 74 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 74. *Solicitud de traslado*. El traslado de los internos puede ser solicitado a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) por:

1. El Director del respectivo establecimiento.

2. El funcionario de conocimiento.

3. El interno o su defensor.

4. La Defensoría del Pueblo a través de sus delegados.

5. La Procuraduría General de la Nación a través de sus delegados.

6. Los familiares de los internos dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad.

Artículo 53º. Modifícase el artículo 75 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 75. *Causales de traslado*. Son causales del traslado, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal, las siguientes:

1. Cuando así lo requiera el estado de salud del interno, debidamente comprobado por el médico legista.

2. Cuando sea necesario por razones de orden interno del establecimiento.

3. Cuando el Consejo de Disciplina lo apruebe, como estímulo a la buena conducta del interno.

4. Cuando sea necesario para descongestionar el establecimiento.

5. Cuando sea necesario por razones de seguridad del interno o de los otros internos.

PARÁGRAFO 1º. Si el traslado es solicitado por el funcionario de conocimiento indicará el motivo de este y el lugar a donde debe ser remitido el interno.

PARÁGRAFO 2º. Hecha la solicitud de traslado, el Director del Inpec resolverá teniendo en cuenta la disponibilidad de cupos y las condiciones de seguridad del establecimiento; y procurará que sea cercano al entorno familiar del condenado.

PARÁGRAFO 3º. La Dirección del Establecimiento Penitenciario informará de manera inmediata sobre la solicitud del traslado al familiar más cercano que el recluso hubiere designado o del que se tenga noticia.

Artículo 54º. Modifícase el artículo 76 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 76. ***Registro de documentos*.** La respectiva cartilla biográfica contenida en el Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (Sisipec) deberá estar correctamente actualizada con el fin de que no sea necesaria la remisión de documentos al establecimiento al cual ha sido trasladada la persona privada de la libertad. Allí debe estar contenida la información sobre tiempo de trabajo, estudio y enseñanza, calificación de disciplina, estado de salud, otros traslados y toda aquella información que sea necesaria para asegurar el proceso de resocialización de la persona privada de la libertad.

La cartilla biográfica podrá ser consultada en cualquier momento por el juez competente y por el Ministerio de Justicia y del Derecho, para el mejor desarrollo de sus funciones.

Artículo 55º. Modifícase el artículo 79 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 79. *Trabajo penitenciario*. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades de la protección especial del Estado. Todas las personas privadas de la libertad tienen derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. En los establecimientos de reclusión es un medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. Los procesados tendrán derecho a trabajar y a desarrollar actividades productivas. No tendrá carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. Debe estar previamente reglamentado por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). Sus productos serán comercializados.

Las actividades laborales desarrolladas por las personas privadas de la libertad estarán íntimamente coordinadas con las políticas que el Ministerio del Trabajo adoptará sobre la materia, las cuales fomentarán la participación y cooperación de la sociedad civil y de la empresa privada, a través de convenios, tanto dentro como fuera de los establecimientos.

Se dispondrán programas de trabajo y actividades productivas tan suficientes como se pueda para cubrir a todas las personas privadas de la libertad que deseen realizarlos. Dichos programas estarán orientados a que la persona privada de la libertad tenga herramientas suficientes para aprovechar las oportunidades después de salir de la prisión. Se buscará, hasta donde sea posible, que las personas privadas de la libertad puedan escoger el tipo de trabajo que deseen realizar.

Se dispondrán programas de trabajo y actividades productivas que atiendan la perspectiva de enfoque diferencial y necesidades específicas para la población en condición de discapacidad privadas de la libertad, promoviendo la generación e implementación de ajustes razonables como la eliminación de las barreras físicas y actitudinales.

PARÁGRAFO. El Ministerio del Trabajo expedirá, durante el año siguiente a la vigencia de la presente ley, la reglamentación sobre las especiales condiciones de trabajo de las personas privadas de la libertad, su régimen de remuneración, las condiciones de seguridad industrial y salud ocupacional y las demás que tiendan a la garantía de sus derechos.

Artículo 56º. Modifícase el artículo 81 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 81. *Evaluación y certificación del trabajo*. Para efectos de evaluación del trabajo en cada centro de reclusión habrá una junta, bajo la responsabilidad del Subdirector o del funcionario que designe el Director.

El Director del establecimiento certificará las jornadas de trabajo de acuerdo con los reglamentos y el sistema de control de asistencia y rendimiento de labores que se establezcan al respecto.

PARÁGRAFO 1º. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también para los casos de detención y prisión domiciliaria y demás formas alternativas a la prisión.

PARÁGRAFO 2º. No habrá distinciones entre el trabajo material y el intelectual.

Artículo 57º. Modifícase el artículo 84 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 84. ***Programas laborales y contratos de trabajo.*** Entiéndase por programas de trabajo todas aquellas actividades dirigidas a redimir pena que sean realizadas por las personas privadas de la libertad.

La Subdirección de Desarrollo de Habilidades Productivas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) coordinará la celebración de los contratos de trabajo de las personas privadas de la libertad con los establecimientos penitenciarios o con los particulares a efectos del desarrollo de las actividades y programas laborales.

El trabajo de las personas privadas de la libertad se llevará a cabo observando las normas de seguridad industrial.

PARÁGRAFO. Las personas privadas de la libertad que desarrollen actividades derivadas del trabajo penitenciario, serán afiliadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) al Sistema General de Riesgos Laborales y de Protección a la Vejez en la forma y con la financiación que el Gobierno Nacional determine en su reglamentación.

Artículo 58º. Modifícase el artículo 89 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 89. ***Manejo de dinero.*** Se prohíbe el uso de dinero en el interior de los centros de reclusión. El pago de la remuneración se realizará de acuerdo a lo que disponga el Gobierno Nacional en reglamentación que expedirá dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley. La administración de la remuneración será realizada conjuntamente entre la persona privada de la libertad y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), para lo cual la persona privada de la libertad deberá solicitar e inscribir los destinatarios que considere necesarios así como las personas que debidamente autorizadas por la Junta de Cumplimiento podrán consignar dinero en dicha cuenta independientemente del programa de actividades que realice la persona privada de la libertad. Todos los establecimientos comerciales al interior de los establecimientos penitenciarios se inscribirán como destinatarios autorizados.

En caso de que la persona privada de la libertad haya sido condenada a una pena accesoria de multa y/o exista un monto pendiente de pago proveniente del incidente de reparación integral, se descontará el diez por ciento (10%) del salario devengado para dichos fines siempre y cuando exista orden judicial al respecto o la persona privada de la libertad expresamente autorice dicho descuento. Cuando se trate de pagos diferentes a aquellos contemplados en este artículo o cuyos destinatarios no sean familiares o no busquen la cancelación de la pena accesoria de multa, la Junta de Cumplimiento deberá aprobar los destinatarios de dichos pagos.

Artículo 59º. Modifícase el artículo 93 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 93. ***Estímulos tributarios.*** El Gobierno Nacional creará y reglamentará los estímulos tributarios paro aquellas empresas públicas y privadas, o personas naturales que se vinculen a los programas de trabajo y educación en las cárceles y penitenciarías, así como también incentivará la inversión, por parte de estas empresas, en los centros de reclusión con exoneración de impuestos o rebaja de ellos, al igual que a las empresas que incorporen en sus actividades a pospenados que hayan observado buena conducta certificada por el Consejo de Disciplina del respectivo centro de reclusión.

PARÁGRAFO 1º. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) realizará los convenios que permitan la inclusión del sector público y privado en las actividades de resocialización de que trata la presente ley.

Artículo 60º. Modifícase el artículo 97 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 97. *Redención de pena por estudio*. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de pena por estudio a los condenados a pena privativa de la libertad. Se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio.

Se computará como un día de estudio la dedicación a esta actividad durante seis horas, así sea en días diferentes. Para esos efectos, no se podrán computar más de seis horas diarias de estudio.

Los procesados también podrán realizar actividades de redención pero solo podrá computarse una vez quede en firme la condena, salvo que se trate de resolver sobre su libertad provisional por pena cumplida.

Artículo 61º. Modifícase el artículo 98 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 98. *Redención de la pena por enseñanza.* El condenado que acredite haber actuado como instructor de otros, en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria, artesanal, técnica y de educación superior tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de estudio, siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias de instructor o de educador, conforme al reglamento.

El instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias, debidamente evaluadas, conforme al artículo 81 de la Ley 65 de 1993.

Los procesados también podrán realizar actividades de redención, pero solo podrá computarse una vez quede en firme la condena, salvo que se trate de resolver sobre su libertad provisional por pena cumplida.

Artículo 62º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 102A. ***Redención de penas para colombianos repatriados.*** Los certificados sobre los mecanismos de redención de pena expedidos por la autoridad competente del Estado trasladante tendrán pleno valor y deberán ser reconocidos por el juez de ejecución de penas y medidos de seguridad de Colombia.

El extranjero privado de la libertad en Colombia podrá realizar un acuerdo de pago de la multa o de la indemnización civil para permitirle acceder al beneficio de traslado a su país de origen. La vigilancia de cumplimiento del acuerdo de pago estará a cargo de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad y el control sobre el cumplimiento de la sanción penal en el país de origen deberá adelantarse conforme a los tratados internacionales sobre traslado de personas vigentes entre los dos países.

Artículo 63º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 102B. *Derecho de trabajo para los extranjeros que han obtenido el beneficio de excarcelación*.Se les otorgará visa de trabajo a aquellos extranjeros que hayan obtenido el beneficio de la libertad condicional y que demuestren tener vínculos laborales o familiares con un ciudadano colombiano o con una persona legalmente residente en el país. Esta viso de trabajo tendrá vigencia hasta tanto sea trasladado a su país de origen en virtud de la aprobación de su solicitud de repatriación.

En los casos en los que el extranjero carezca de esos vínculos, se procederá a su expulsión inmediata, previa autorización del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Artículo 64º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 103A. ***Derecho a la redención***. La redención de pena es un derecho que será exigible una vez la persona privada de la libertad cumpla los requisitos exigidos para acceder a ella. Todas las decisiones que afecten la redención de la pena, podrán controvertirse ante los Jueces competentes.

Artículo 65º. Modifícase el artículo 104 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 104. ***Acceso a la salud.*** Las personas privadas de la libertad tendrán acceso a todos los servicios del sistema general de salud de conformidad con lo establecido en la ley sin discriminación por su condición jurídica. Se garantizarán la prevención, diagnóstico temprano y tratamiento adecuado de todas las patologías físicos o mentales. Cualquier tratamiento médico, quirúrgico o psiquiátrico que se determine como necesario para el cumplimiento de este fin será aplicado sin necesidad de resolución judicial que lo ordene. En todo caso el tratamiento médico o la intervención quirúrgica deberán realizarse garantizando el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad.

En todos los centros de reclusión se garantizará la existencia de una Unidad de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en Salud Penitenciaria y Carcelaria.

Se garantizará el tratamiento médico a la población en condición de discapacidad que observe el derecho a la rehabilitación requerida, atendiendo un enfoque diferencial de acuerdo a la necesidad específica.

Artículo 66º. Modifícase el artículo 105 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 105. ***Servicio médico penitenciario y carcelario.*** El Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) deberán diseñar un modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad, incluida la que se encuentra en prisión domiciliaria, financiado con recursos del Presupuesto General de la Nación. Este modelo tendrá como mínimo una atención intramural, extramural y una política de atención primaria en salud.

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) será la responsable de la adecuación de la infraestructura de las Unidades de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en cada uno de los establecimientos Penitenciarios y Carcelarios en los cuales se prestará la atención intramural, conforme a los que establezca el modelo de atención en salud del que trata el presente artículo.

PARÁGRAFO 1º. Créase el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual estará constituido por recursos del Presupuesto General de la Nación. Los recursos del Fondo serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento del presente artículo y fijará la

comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen.

PARÁGRAFO 2º. El Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, se encargará de contratar la prestación de los servicios de salud de todas las personas privadas de la libertad, de conformidad con el modelo de atención que se diseñe en virtud del presente artículo.

El Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad tendrá los siguientes objetivos:

1. Administrar de forma eficiente y diligente los recursos que provengan del Presupuesto General de la Nación para cubrir con los costos del modelo de atención en salud para las personas privadas de la libertad.

2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de la prestación del servicio de salud y garantizar un estricto control del uso de los recursos.

4. Velar porque todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

PARÁGRAFO 3º. En el contrato de fiducia mercantil a que se refiere el parágrafo 1o del presente artículo, se preverá la existencia de un Consejo Directivo del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, integrado por los siguientes miembros:

– El Ministro de Justicia y del Derecho o el Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa, quien lo presidirá.

– El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.

– El Ministro de Salud y Protección Social o su delegado.

– El Director de la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, entidad que ejercerá la Secretaría Técnica del Consejo Directivo.

– El Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

– El Gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, con voz pero sin voto.

PARÁGRAFO 4º. El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad tendrá las siguientes funciones:

– Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.

– Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo.

– Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo.

– Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones en materia de salud frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos.

– Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación.

– Las demás que determine el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 5º. Los egresados de los programas de educación superior del área de la Salud podrán, previa reglamentación que se expida para tal fin dentro del año siguiente a la promulgación de la presente ley, llevar a cabo su servicio social obligatorio creado por la Ley 1164 de 2007 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios. El Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará el diseño, dirección, coordinación, organización y evaluación del servicio social que se preste en estas condiciones.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Mientras entra en funcionamiento el modelo de atención de que trata el presente artículo, la prestación de los servicios de salud de las personas privadas de la libertad deberá implementarse de conformidad con lo establecido en los parágrafos 1o a 5o del presente artículo, de forma gradual y progresiva. En el entretanto, se seguirá garantizando la prestación de los servicios de salud de conformidad con las normas aplicables con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 67º. Modifícase el artículo 106 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 106. ***Asistencia médica de internos con especiales afecciones de salud.*** Las personas privadas de la libertad portadoras de VIH, con enfermedades infectocontagiosas o con enfermedades en fase terminal serán especialmente protegidas por la dirección del establecimiento penitenciario en el que se encuentren, con el objetivo de evitar su discriminación. El Inpec podrá establecer pabellones especiales con la única finalidad de proteger la salud de esta población.

El Inpec, con el apoyo de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) y las empresas responsables en materia de salud, cumplirán con los protocolos médicos establecidos para garantizar el aislamiento necesario a los reclusos con especiales afecciones de salud que así lo requieran.

Cuando el personal médico que presta los servicios de salud dentro del establecimiento, el Director del mismo o el Ministerio Público tenga conocimiento de que una persona privada de la libertad se encuentra en estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, conforme a la reglamentación expedida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dará aviso en forma inmediata a la autoridad judicial con el fin de que se le otorgue el beneficio de libertad correspondiente. El incumplimiento de esta obligación será considerado como falta gravísima de acuerdo con el Código Disciplinario Único. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad decidirá la solicitud de libertad en un término de diez (10) días.

PARÁGRAFO. Cuando una reclusa esté embarazada previa certificación médica, el director del establecimiento tramitará con prontitud la solicitud de suspensión de la detención preventiva o de la pena ante el funcionario judicial competente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal.

Artículo 68º. Modifícase el artículo 107 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 107. ***Casos de enajenación mental.*** Si una persona privada de la libertad es diagnosticada como enferma mental transitoria o permanente, de acuerdo con el concepto

dado por el médico legista, se tomarán todas las medidas pertinentes para la protección de su vida e integridad física y se ordenará su traslado a los establecimientos especiales de conformidad con lo que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social.

Artículo 69º. Modifícase el artículo 108 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 108. ***Nacimientos y defunciones.*** El Director del establecimiento de reclusión informará a las autoridades competentes de los nacimientos, y a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al juez competente y al Director del Inpec de las defunciones que ocurran dentro de los mismos. Igualmente, informará a los parientes que figuren en el registro del interno. De ninguna manera en el registro de nacimiento figurará el lugar donde tuvo ocasión el mismo.

En caso de muerte, el cadáver será entregado a los familiares del interno que lo reclamen. Si no media petición alguna, será sepultado por cuenta del establecimiento. En todo caso deberán realizarse las gestiones pertinentes para determinar la causa de la muerte.

Artículo 70º. Modifícase el artículo 109 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 109. ***Inventario de las pertenencias.*** Se hará un inventario de las pertenencias dejadas por el difunto y se procederá a liquidar su saldo de la Caja Especial, todo lo cual se entregará, a los herederos que sumariamente demuestren tal calidad hasta el monto que la ley autorice en caso de fallecimiento del titular de una cuenta bancaria. Cuando los objetos o sumas de dinero sean superiores a esta suma se entregarán a quienes indique la autoridad competente.

Artículo 71º. Modifícase el artículo 110 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 110. ***Información externa.*** Los reclusos gozan de libertad de información, salvo grave amenaza de alteración del orden, caso en el cual la restricción deberá ser motivada.

En todos los establecimientos de reclusión se establecerá para los reclusos un sistema diario de informaciones o noticias que incluya los acontecimientos más importantes de la vida nacional o internacional, ya sea por boletines emitidos por la Dirección o por cualquier otro medio que llegue a todos los reclusos y que no se preste para alterar la disciplina. En ningún caso estas medidas podrán ser usadas para impedir que los internos tengan acceso a la información pública del acontecer político y social del país.

La Dirección de cada establecimiento penitenciario velará por la publicidad del Reglamento General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y del Reglamento Interno del establecimiento.

Artículo 72º. Modifícase el artículo 111 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 111. ***Comunicaciones.*** Las personas privadas de la libertad se comunicarán periódicamente con su núcleo social y familiar por medio de correspondencia, servicios de telecomunicaciones autorizados por el establecimiento penitenciario, así como visitas y redes de comunicación interconectadas o internet, de uso colectivo y autorizadas previamente por el establecimiento penitenciario, los cuales tendrán fines educativos y pedagógicos y servirán de medio de comunicación. En todo caso, se dispondrá de salas virtuales para la realización de este tipo de visitas. Todos los servicios de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones aquí descritos deberán ser autorizados y monitoreados por el Inpec.

Cuando se trate de un detenido, al ingresar al establecimiento de reclusión, tendrá derecho a indicar a quién se le debe comunicar su aprehensión, a ponerse en contacto con su abogado y a que su familia sea informada sobre su situación.

El Director del centro establecerá, de acuerdo con el reglamento interno, el horario y modalidades para las comunicaciones con sus familiares. En casos especiales y en igualdad de condiciones pueden autorizarse llamadas telefónicas, debidamente vigiladas.

Las comunicaciones orales, escritas o virtuales previstas en este artículo podrán ser registradas mediante orden de funcionario judicial, a juicio de este o a solicitud de una autoridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, bien para la prevención o investigación de un delito o para la debida seguridad carcelaria. Las comunicaciones de los internos con sus abogados no podrán ser objeto de interceptación o registro.

Por ningún motivo, ni en ningún coso, los internos podrán tener aparatos o medios de comunicación privados, tales como fax, teléfonos fijos o móviles, busca personas o similares. El sistema de comunicación para la población reclusa deberá contener herramientas y controles tendientes a garantizar la seguridad del establecimiento y a evitar la comisión de delitos. Los internos solo podrán acceder a través de sistemas autónomos diseñados específicamente para el sistema penitenciario, garantizando la invulnerabilidad de la información y la disposición de la misma a las autoridades pertinentes.

La recepción y envío de correspondencia se autorizará por la Dirección conforme al reglamento. Para la correspondencia ordinaria gozarán de franquicia postal los internos y los establecimientos de reclusión del país, siempre que en el sobre respectivo se certifique por el Director del centro de reclusión.

Ante el fallecimiento, estado grave por enfermedad, enfermedad muy grave o enfermedad infectocontagiosa de una persona privada de la libertad, la Dirección del establecimiento penitenciario de manera inmediata informará al familiar más cercano que aquel hubiere designado o del que se tenga noticia. Así mismo, en estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave deberá informar de manera inmediata al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para lo de su competencia. En caso de enfermedad infectocontagiosa, se dará aviso a la autoridad sanitaria correspondiente para que tome las medidas que sean pertinentes.

Artículo 73º. Modifícase el artículo 112 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 112. ***Régimen de visitas*****.** Las personas privadas de la libertad podrán recibir una visita cada siete (7) días calendario, sin perjuicio de lo que dispongan los beneficios judiciales y administrativos aplicables.

Para personas privados de la libertad que estén recluidas en un establecimiento carcelario distinto al arraigo familiar, el Inpec podrá programar un día diferente al del inciso anterior para recibir las visitas.

El ingreso de los visitantes se realizará de conformidad con las exigencias de seguridad del respectivo establecimiento penitenciario, sin que ello implique la vulneración de sus derechos fundamentales. Las requisas y demás medidas de seguridad que se adopten deben darse dentro de un marco de respeto a la dignidad humana y a la integridad física.

Las requisas se realizarán en condiciones de higiene y seguridad. El personal de guardia estará debidamente capacitado para la correcta y razonable ejecución de registros y

requisas. Para practicarlos se designará a una persona del mismo sexo del de aquella que es objeto de registro, se prohibirán las requisas al desnudo y las inspecciones intrusivas; únicamente se permite el uso de medios electrónicos para este fin.

El horario, las condiciones, la frecuencia y las modalidades en que se lleven a cabo las visitas serán reguladas por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

Se concederá permiso de visita a todo abogado que lo solicite, previa exhibición de su Tarjeta Profesional y si mediare aceptación del interno.

Los condenados podrán igualmente recibir visitas de los abogados autorizados por ellos. Las visitas de sus familiares y amigos serán reguladas en el reglamento general, de acuerdo a lo previsto en el presente artículo.

Los visitantes que observen conductas indebidas en el interior del establecimiento o que contravengan las normas del régimen interno serán expulsados del establecimiento y se les prohibirán nuevas visitas, de acuerdo con la gravedad de la falta, teniendo en cuenta la reglamentación expedida por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

Los visitantes sorprendidos tratando de ingresar al establecimiento penitenciario cualquier artículo expresamente prohibido por los reglamentos tales como armas de cualquier índole, sustancias psicoactivas ilícitas, medicamentos de control especial, bebidas alcohólicas, o sumas de dinero, no serán autorizados para realizar la visita respectiva y deberá ser prohibido su ingreso al establecimiento de reclusión por un periodo de hasta un (1) año, dependiendo de la gravedad de la conducta. Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones legales pertinentes.

En casos excepcionales, el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) podrá autorizar visita a un interno, por fuera del reglamento, dejando constancia escrita del hecho y de las razones que la motivaron y la concederá por el tiempo estrictamente necesario para su cometido. Una vez realizada la visita, el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) informará de la misma al Ministro de Justicia y del Derecho, indicando las razones para su concesión.

La visita íntima será regulada por el reglamento general según principios de higiene y seguridad.

De toda visita realizada a un establecimiento penitenciario o carcelario, sea a los internos o a los funcionarios que allí laboran debe quedar registro escrito. El incumplimiento de este precepto constituirá falta disciplinaria grave.

Artículo 74º. Adiciónase un artículo 112A a la Ley 65 de 1993, del siguiente tenor:

Artículo 112A. ***Visita de niños, niñas y adolescentes.*** Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

Los menores de 18 años deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable.

Los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente.

Artículo 75º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 115A. ***Envío y recepción de paquetes.*** La persona privada de la libertad podrá recibir paquetes, los cuales serán entregados en la oficina que la Dirección del establecimiento penitenciario disponga para ello.

La oficina de recepción de paquetes deberá levantar un acta en la que se relacionen los elementos enviados, la cual será entregada al interno al momento de recibir los elementos enviados.

La clase de alimentos, artículos y bienes, al igual que su cantidad y peso, será objeto de reglamentación de acuerdo con las medidas de seguridad del patio, pabellón, módulo o establecimiento penitenciario.

Artículo 76º. Modifícase el artículo 116 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 116. ***Reglamento Disciplinario para Internos.*** El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), con concepto favorable del Ministerio de Justicia y del Derecho, expedirá el reglamento disciplinario al cual se sujetarán los internos de los establecimientos de reclusión, conforme a lo dispuesto en el presente Código. Esta reglamentación con tendrá normas que permitan el respeto al debido proceso y sus garantías.

Artículo 77º. Modifícase el artículo 117 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 117. ***Legalidad de las sanciones.*** Las sanciones disciplinarias y los estímulos estarán contenidos en la presente ley y en el reglamento general. Ningún recluso podrá ser sancionado por una conducta que no esté previamente enunciada en esta ley o en el reglamento, ni podrá serlo dos veces por el mismo hecho.

Las sanciones serán impuestas por el respectivo Consejo de Disciplina o por el Director del centro de reclusión, garantizando siempre el debido proceso.

Los estímulos serán otorgados por el Director del respectivo centro de reclusión, previo concepto favorable del Consejo de Disciplina.

Contra la decisión que impone una sanción procede el recurso de reposición y en subsidio de apelación, ante el Consejo de Disciplina.

PARÁGRAFO. El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario podrá revocar la calificación de las faltas y de las sanciones, cuando verifique que estas contradicen la naturaleza y extensión de aquellas.

Artículo 78º. Modifícase el artículo 123 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 123. ***Sanciones.*** Las faltas leves tendrán una de las siguientes sanciones:

1. Amonestación con anotación en su prontuario, si es un detenido, o en su cartilla biográfica, si es un condenado.

2. Privación del derecho a participar en actividades de recreación hasta por ocho días.

3. Supresión hasta de cinco visitas sucesivas.

4. Suspensión parcial o total de alguno de los estímulos, por tiempo determinado.

Para las faltas graves, se aplicarán gradualmente atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad de la sanción y los daños ocasionados con la comisión de la falta, una de las siguientes sanciones:

1. Suspensión hasta de diez visitas sucesivas.

2. Pérdida del derecho de redención de la pena de sesenta (60) a ciento veinte (120 días).

Artículo 79º. Modifícase el artículo 125 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 125. *Medidas in continenti*. No obstante lo previsto en las disposiciones anteriores, el Director del centro podrá utilizar medios coercitivos, establecidos reglamentariamente en los siguientes casos:

1. Para impedir actos de fuga o violencia de los internos.

2. Para evitar daño de los internos a sí mismos y a otras personas o bienes.

3. Para superar, agotadas otras vías, la resistencia pasiva o activa de los internos a las órdenes del personal penitenciario o carcelario en ejercicio de su cargo.

PARÁGRAFO 1º. El uso de estas medidas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y solo por el tiempo necesario. En todo caso, el Inpec velará por el derecho a la vida y la dignidad humana de las personas privadas de la libertad.

PARÁGRAFO 2º. Estas medidas se sujetarán a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad.

Artículo 80º. Modifícase el artículo 126 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 126. *Aislamiento*. El aislamiento como medida preventiva se podrá imponer en los centros de reclusión en los siguientes casos:

1. Por razones sanitarias.

2. Por razones de seguridad interna del establecimiento en cuyo caso no podrá superar los cinco (5) días calendario.

3. A solicitud del recluso previa autorización del Director del establecimiento.

Artículo 81º. Modifícase el artículo 127 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 127. *Calificación de los faltas*. En la calificación de la infracción disciplinaria deben tenerse en cuenta las circunstancias que la agraven o atenúen, las relativas a la modalidad del hecho, el daño producido, el grado del estado anímico del interno, su buena conducta anterior en el establecimiento, su respeto por el orden y la disciplina dentro del mismo.

Artículo 82º. Modifícase el artículo 133 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 133. *Competencia*. El Director del centro de reclusión tiene competencia para aplicar las sanciones correspondientes a las faltas leves. El Consejo de Disciplina

sancionará las conductas graves. El Director otorgará los estímulos a los reclusos merecedores a ellos, previo concepto del Consejo de Disciplina.

Artículo 83º. Modifícase el artículo 137 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 137. *Suspensión condicional*. Tanto el Director como el Consejo de Disciplina pueden suspender condicionalmente, por justificados motivos, en todo o en parte, las sanciones que se hayan impuesto.

Si dentro del término de tres meses, contados a partir del día en que se cumpla la sanción, el interno comete una nueva infracción se le aplicará la sanción suspendida junto con la que merezca por la nueva falta.

Artículo 84º. Modifícase el artículo 138 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 138. *Registro de sanciones y estímulos*. De todas las sanciones y estímulos impuestos o concedidos a los internos se tomará nota en el Sisipec, el cual deberá ser actualizado diariamente.

Artículo 85º. Modifícase el artículo 139 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 139. *Permisos excepcionales*. En caso de comprobarse estado de grave enfermedad o fallecimiento de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad, primero civil y primero de afinidad, de la persona privada de la libertad, el Director del respectivo establecimiento de reclusión, procederá de la siguiente forma:

1. Si se trata de condenado, podrá conceder permiso de salida bajo su responsabilidad, por un término no mayor de veinticuatro horas, más el tiempo de la distancia si la hubiere, tomando las medidas de seguridad adecuadas y comunicando de inmediato al Director del Inpec.

2. Cuando se trate de procesado, el permiso lo concederá el funcionario judicial de conocimiento, especificando la duración del mismo sin que exceda de veinticuatro horas, por cada vez que se conceda, más el tiempo de la distancia si la hubiere.

PARÁGRAFO 1º. Lo anterior no cobijará a los internos sometidos a extremas medidas de vigilancia y seguridad ni a quienes registren antecedentes por fuga de presos, o aquellos procesados o condenados por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados.

PARÁGRAFO 2º. El condenado o el procesado como requisito indispensable para el otorgamiento de permisos excepcionales, asumirá y pagará de manera previa o concurrente los gastos logísticos, de transporte, de alimentación, de alojamiento y los demás que puedan originarse a causa del permiso concedido. Los gastos asumidos serán los propios y los de sus guardianes.

Si la persona privada de la libertad estuviere en incapacidad económica para sufragar estos gastos, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá exonerarlo de los mismos, si su condición económica está debidamente demostrada. En este caso los gastos serán asumidos por el Inpec.

Artículo 86º. Modifícase el artículo 141 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 141. *Presentación voluntaria*. Cuando el interno fugado se presentare voluntariamente dentro de los tres primeros días siguientes a la evasión, la fuga se tendrá

en cuenta únicamente para efectos disciplinarios en cuyo caso se impondrá la sanción de suspensión de redención de pena hasta por ciento veinte (120) días.

Artículo 87º. Modifícase el artículo 145 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 145. ***Consejo de Evaluación y Tratamiento.*** En cada establecimiento penitenciario habrá un Centro de Evaluación y Tratamiento. El tratamiento del sistema progresivo será realizado por medio de grupos interdisciplinarios, de acuerdo con las necesidades propias del tratamiento penitenciario. Estos serán integrados por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

Este consejo determinará los condenados que requieran tratamiento penitenciario después de la primera fase. Dicho tratamiento se regirá por las guías científicas expedidas por el Inpec, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y por las determinaciones adoptadas en cada consejo de evaluación.

Estos consejos deberán estar totalmente conformados dos (2) años después de promulgada la presente ley.

Artículo 88º. Modifícase el artículo 153 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 153. ***Permanencia de niños y niñas en establecimientos de reclusión.*** Los niños y niñas menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un juez de la República ordene lo contrario. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar prestará, en coordinación con el servicio social penitenciario y carcelario, la atención especial a los niños y niñas que se encuentran en los centros.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) realizará programas educativos y de recreación para los niños y niñas que se encuentran en los centros. El ICBF será quien tenga la custodia de los niños y niñas cuando se encuentren participando de los programas establecidos por esta entidad. Estos programas se realizarán dentro de los establecimientos en los lugares que para ello sean destinados y adecuados por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) en coordinación con el ICBF. Estos espacios serán administrados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios destinará dentro de los establecimientos de reclusión, secciones especiales, para las madres con sus hijos que garanticen una adecuada interacción entre estos; igualmente construirá y dotará, en coordinación con el ICBF, los centros de atención para los niños y niñas cuando estos no se encuentren con sus madres. Sin perjuicio de lo anterior, los centros de atención deberán ser adecuados para los niños y niñas que se encuentren en condición de discapacidad, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 5o numerales 2, 8 y 10 y el artículo 14 de la Ley 1618 de 2013.

PARÁGRAFO 1º. En los eventos en los que se determine que un niño o niño no puede permanecer en el establecimiento carcelario, o cuando este sea mayor de tres (3) años, el juez competente podrá conceder la custodia del niño o niña al padre o familiar que acredite vínculo de consanguinidad.

PARÁGRAFO 2º. En los eventos en los que por razones de protección del interés superior del niño o niña no se le conceda la custodia al padre o familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar será quien la asuma.

Artículo 89º. Modifícase el artículo 154 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 154. ***Asistencia jurídica.*** La Defensoría del Pueblo, de acuerdo con la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), fijará y controlará los defensores en cada establecimiento para la atención jurídica de los internos insolventes. El Director del establecimiento respectivo informará periódicamente sobre el comportamiento de estos profesionales al Defensor del Pueblo, quien deberá tomar las medidas del caso cuando dichos defensores incumplan sus deberes.

Los directores de los establecimientos promoverán convenios con aquellas instituciones de educación superior que, en el marco de su autonomía, hayan determinado que sus estudiantes del programa académico de Derecho pueden cumplir con las prácticas correspondientes al consultorio jurídico, brindando asistencia jurídico a las personas privadas de la libertad que sean de escasos recursos.

Así mismo, los directores de los establecimientos de reclusión podrán vincular de forma ad honórem a los estudiantes que hayan culminado su plan de estudios del Programa Académico de Derecho, y que deseen cumplir con el requisito de grado de la judicatura brindando asistencia jurídica o las personas señaladas en el inciso anterior. En este caso, la duración de la misma será de seis meses y la certificación de su cumplimiento será expedida por los respectivos directores de los establecimientos de reclusión.

Artículo 90º. Modifícase el artículo 163 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 163. ***Contrato mediante el esquema de asociación público privado.*** La construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión y la prestación de otros servicios a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) o de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) podrá desarrollarse mediante el esquema de asociación público privado.

PARÁGRAFO. Quedarán excluidos de la administración de este tipo de establecimientos la guardia y vigilancia que en todo caso estará a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y aquellas actividades relacionadas con la resocialización de las personas privadas de la libertad.

Artículo 91º. Modifícase el artículo 167 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 167. ***Consejo Superior de Política Criminal.*** El Consejo Superior de Política Criminal es un organismo colegiado asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la política criminal del Estado.

Corresponde al Consejo aprobar el Plan Nacional de Política Criminal que tendrá una vigencia de cuatro años y que deberá ser incorporado en un documento Conpes con el fin de garantizar su financiación.

Son miembros del Consejo Superior de Política Criminal:

1. El Ministro de Justicia y del Derecho quien lo presidirá.

2. El Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

3. El Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4. El Fiscal General de la Nación.

5. El Ministro de Educación.

6. El Procurador General de la Nación.

7. El Defensor del Pueblo.

8. El Director General de la Policía Nacional.

9. El Director General de la Agencia Nacional de Inteligencia Colombiana (ANIC).

10. El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

11. El Director General de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec).

12. El Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

13. El Director General del Departamento Nacional de Planeación.

14. Dos (2) Senadores y cuatro (4) Representantes a la Cámara pertenecientes a las Comisiones Primera y Segunda, es decir, un Senador (1) y dos (2) Representantes de cada Comisión respectivamente, elegidos por esas células legislativas.

La Secretaría Técnica del Consejo la ejerce la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Además del diseño del Plan Nacional de Política Criminal, el Consejo deberá presentar concepto previo no vinculante sobre todos los proyectos de ley y de acto legislativo que en materia penal cursan en el Congreso de la República. El Consejo se dará su propio reglamento.

Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Ministerio de Justicia y del Derecho reglamentará el funcionamiento del Consejo, así como todos los asuntos relacionados con las instancias técnicas y demás que se requieran para su normal funcionamiento.

PARÁGRAFO. Lo asistencia al Consejo Superior de Política Criminal es de carácter obligatorio e indelegable.

Artículo 92º. Modifícase el artículo 168 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 168. ***Estados de emergencia penitenciaria y carcelaria.*** El Director General del Inpec, previo el concepto favorable del Consejo Directivo del Inpec, podrá decretar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, en todos los centros de reclusión nacional, en algunos o alguno de ellos, en los siguientes casos:

1. Cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen de manera grave o inminente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria.

2. Cuando sobrevengan graves situaciones de salud y de orden sanitario; o que las condiciones higiénicas no permitan la convivencia en el lugar; o ante la inminencia o el acaecimiento de calamidad pública.

3. Cuando los niveles de ocupación de uno o más centros de reclusión, afecten severamente los derechos fundamentales de la población privada de la libertad.

4. Cuando la falta de prestación de los servicios esenciales pongan en riesgo el buen funcionamiento del sistema o amenacen gravemente los derechos fundamentales.

En los casos del numeral uno (1), el Director General del Inpec está facultado para tomar las medidas necesarias con el fin de superar la situación presentada, tales como traslados, aislamiento de los internos, uso racional de los medios extraordinarios de coerción y el reclamo del apoyo de la Fuerza Pública de acuerdo con los artículos 31 y 32 del presente código.

Si en los hechos que alteren el orden y la seguridad del centro o centros de reclusión estuviere comprometido personal de servicio penitenciario y carcelario, el Director del Inpec podrá suspenderlo o reemplazarlo, sin perjuicio de las investigaciones penales o disciplinarias correspondientes.

Cuando se trate de las situaciones contempladas en el numeral dos (2), el Director del Inpec acudirá a las autoridades del ramo, sanitario y de emergencia, tanto nacionales como departamentales o municipales, para obtener su colaboración, las cuales están obligadas a prestarla de inmediato en coordinación con los centros de reclusión afectados.

El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario podrá disponer de los traslados de los internos que se requiera, a los lugares indicados. De igual manera, se podrán clausurar los establecimientos penales, si así lo exigen las circunstancias.

Cuando se trate de las situaciones contempladas en el numeral tres (3) el Director del Inpec acudirá a las autoridades del ramo, tanto nacionales como departamentales o municipales, para obtener su colaboración en la aplicación de las medidas que se adopten para reducir los niveles de ocupación del centro de reclusión. Presentará al Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) un plan de contingencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la declaratoria en el cual determine el conjunto de medidas para superar dicho estado.

Durante el estado de emergencia carcelario, el Director del Inpec y el Director de la Uspec, cada uno dentro del marco de su competencia, podrán hacer los traslados presupuestales y la contratación directa de las obras y servicios necesarios para conjurar la emergencia, previo concepto del Consejo Directivo del Instituto.

El Ministerio de Justicia y del Derecho también podrá solicitar al Director General del Inpec la declaratoria del Estado de Emergencia.

Superado el peligro y restablecido el orden, el Director General del Inpec expedirá un acto administrativo levantando el estado de emergencia e informará al Consejo Directivo del mismo, sobre las razones que motivaron la declaratoria de emergencia y la justificación de las medidas adoptadas. Igualmente informará a las autoridades judiciales las nuevas ubicaciones de los detenidos, para sus correspondientes fines; y a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación del cumplimiento y respeto de los Derechos Humanos de los internos.

PARÁGRAFO 1º. Se entenderá como grave un nivel de sobre población superior al 20%.

PARÁGRAFO 2º. El cálculo del nivel de ocupación de que trata el parágrafo anterior se hará a partir del contraste entre la oferta de cupos y el tamaño vigente de la población reclusa. Este cálculo se realizará con base en la información que se encuentre disponible en el Sistema Integral de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (Sisipec).

Artículo 93º. Modifícase el artículo 170 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 170. ***Comisión de Seguimiento a las Condiciones de Reclusión del Sistema Penitenciario y Carcelario.*** Créase la Comisión de Seguimiento a las Condiciones de Reclusión del Sistema Penitenciario y Carcelario. Esta comisión tendrá como funciones y facultades las siguientes:

1. Evaluar y estudiar la normatividad existente en materia penitenciaria y carcelaria.

2. Realizar visitas a los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país.

3. Ser el órgano asesor del Consejo Superior de Política Criminal y de las autoridades penitenciarias en materia de política penitenciaria y carcelaria.

4. Elaborar informes periódicos sobre el estado de las condiciones de reclusión del sistema penitenciario y carcelario y de los establecimientos penitenciarios, con especial atención a la garantía de los derechos fundamentales de la población reclusa. Estos informes se harán anualmente y se presentarán al Gobierno Nacional.

5. Monitorizar de manera continua y permanente el estado de hacinamiento del sistema penitenciario y carcelario y de cada uno de los establecimientos penitenciarios que lo conforman. Con este fin, el Inpec entregará informes diarios sobre el número de personas detenidas en los establecimientos penitenciarios, el grado de hacinamiento en cada uno de ellos y el grado de hacinamiento del sistema en su conjunto.

6. Verificar que las unidades de prestación de servicios de salud existentes dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios cuenten con la infraestructura e insumos necesarios para tal fin.

7. Revisar las condiciones de infraestructura que garanticen la provisión de servicios de calidad tales como agua potable, luz y demás que fomenten un ambiente saludable.

PARÁGRAFO. El Ministerio de Justicia y del Derecho será el encargado de convocar periódicamente a las reuniones del Comité, coordinarlas, llevar la Secretaría Técnica y poner a su disposición los recursos mínimos necesarios para su adecuado funcionamiento.

Las decisiones de la Comisión se adoptarán por mayoría simple de sus miembros. La Comisión deberá reunirse al menos una vez cada dos meses.

Artículo 94º. Adiciónase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 170A. ***Miembros de la Comisión de Seguimiento al Sistema Penitenciario y Carcelario.*** La Comisión de Seguimiento al Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano estará integrada por:

1. El Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa, quien la preside.

2. Un delegado del Ministerio de Salud y Protección Social.

3. Un delegado del Ministerio Educación Nacional.

4. Dos expertos o miembros de organizaciones no gubernamentales.

5. Dos académicos con experiencia reconocida en prisiones o en la defensa de los Derechos Humanos de la población reclusa.

6. Dos ex Magistrados de las Altas Cortes.

7. Un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad delegado por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o su delegado.

8. Un delegado de la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer.

9. Uno de los delegados del Presidente de la República en el Consejo Directivo del Inpec.

PARÁGRAFO. La Comisión de Seguimiento al Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano tendrá la facultad de invitar expertos en diferentes materias, tales como sicólogos, sociólogos, antropólogos y demás personas que se estime puedan ser de utilidad para realizar un análisis interdisciplinario de los asuntos de su objeto.

La Secretaría Técnica será ejercida por la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Artículo 95º. Adiciónase un parágrafo al artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, así:

Artículo 187. ***La privación de la libertad.***

[...]

PARÁGRAFO 2º. Los Centros de Atención Especializada funcionarán bajo el asesoramiento del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario en lo relativo a las medidas de seguridad y administración, de conformidad con la función protectora, restaurativa y educativa de la medida de privación de la libertad.

Artículo 96º. ***Condiciones de reclusión y resocialización para miembros de los pueblos indígenas; de comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras; y de grupos rom.*** Concédanse facultades extraordinarias al Presidente de la República para que, dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, y previa consulta con los Pueblos Indígenas; las comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras; y los grupos ROM, expida un decreto con fuerza de ley que regule todo lo relativo a la privación de la libertad de los miembros de estos grupos.

Artículo 97º. ***Garantía de recursos.*** El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, realizará las gestiones necesarias para garantizar los recursos que se requieran con el fin de dar cumplimiento a la presente ley.

Artículo 98º. Modifícase el artículo 13 de la Ley 55 de 1985, así:

Artículo 13. La porción que se reasigna en el artículo 1o de la Ley 55 de 1985 sobre los ingresos provenientes de los derechos por registro de instrumentos públicos y otorgamiento de escrituras destinados a la Superintendencia de Notariado y Registro, se incrementará a un 60% a partir del año 2014.

PARÁGRAFO. El 10% que se incrementa en virtud del presente artículo se destinará exclusivamente a la adquisición de terrenos, el diseño, construcción, refacción, reconstrucción y equipamiento de los establecimientos de reclusión a cargo de la Nación, sin perjuicio de la distribución prevista en el artículo 13 de la Ley 55 de 1985 y sus normas reglamentarias.

Artículo 99º. Modifícase el artículo 89 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: […][12]

Artículo 100º. Modifícase el literal c) del parágrafo 4o del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, el cual quedará así:

[12] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.

> **Artículo 48.** ***Faltas gravísimas*****.** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> […]
>
> **PARÁGRAFO 4º.** También serán faltas gravísimas para los servidores públicos que ejerzan dirección, administración, control y vigilancia sobre las instituciones penitenciarias y carcelarias:
>
> […]
>
> **c)** Introducir o permitir el ingreso y uso de elementos de comunicación no autorizados, tales como teléfonos, radios, radioteléfonos, buscapersonas, similares y accesorios;
>
> […]

Artículo 101º. Para efectos de la presente ley se entenderá que las casa-cárceles actualmente existentes son casas para la detención preventiva y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidentes de tránsito o en ejercicio de profesión y oficio a las que se refiere el numeral 3 del artículo 11 de la presente ley.

Artículo 102º. ***Programa de resocialización y reintegración social*****.** Dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación de la presente ley, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Salud y de la Protección Social, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Cultura, el SENA y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) elaborarán un programa de resocialización y reintegración social que deberá implementarse y ejecutarse en todos los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país.

Dicho programa incluirá componentes de bienestar social del interno, educación, deporte y cultura, emprenderismo y trabajo con enfoque diferencial.

Artículo 103º. Sin perjuicio de lo contenido en la presente norma, es deber del sistema carcelario y penitenciario velar por la efectiva rehabilitación de personas internas que consumen sustancias estupefacientes o psicotrópicas que exhiben un grado de dependencia acorde a los principios y procedimientos médicos pertinentes.

Artículo 104º. El Gobierno Nacional, en un término no superior a 6 meses contados a partir de la expedición de la presente ley, determinará las competencias de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente ley.

Artículo 105º. Adiciónese un parágrafo al artículo 99-A de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

> **Artículo 99-A** ***Trabajo Comunitario*** **[…]**
>
> **PARÁGRAFO.** Los condenados a los que se hace mención en el presente artículo; podrán cumplir con los trabajos comunitarios, apoyando el desarrollo de las obras que realizan los Ingenieros Militares en el país. Para dicho propósito, el Inpec coordinará con el Ministerio de Defensa Nacional la implementación.

Artículo 106º. ***Artículo transitorio.*** En un término no mayor a seis (6) meses a partir de la promulgación de la presente ley, un documento Conpes, armonizado con el Consejo Superior de Política Criminal, deberá definir y adoptar el plan estratégico y financiero de política carcelaria incorporando, entre otros documentos:

– Compromisos presupuestales.

– Fuentes de financiación.

– Plan de construcciones e infraestructura.

– Plan de dotación para la resocialización, el empleo y la educación.

– Plan de sanidad.

– Plan de personal, guardas, funcionarios y servidores públicos.

Artículo 107º. ***Vigencias y derogatorias.*** Deróguese el artículo 38A de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 3o de la Ley 1453 de 2011. La presente ley rige desde el momento de su promulgación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.

Ley 1719 de 18 de junio de 2014, por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 1º. ***Objeto de la ley.*** La presente ley tiene por objeto la adopción de medidas para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial de la violencia sexual asociada al conflicto armado interno. Estas medidas buscan atender de manera prioritaria las necesidades de las mujeres, niñas, niños y adolescentes víctimas.

CAPÍTULO II.

DE LOS TIPOS PENALES

Artículo 2º. Adiciónese el artículo 138A de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][1]

Artículo 3º. Adiciónese el artículo 139A de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][2].

Artículo 4º. Modifíquese el artículo 141 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][3]

Artículo 5º. Adiciónese el artículo 141A a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][4]

Artículo 6º. Adiciónese el artículo 141B a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][5]

Artículo 7º. Adiciónese el artículo 139B a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][6]

Artículo 8º. Adiciónese el artículo 139C a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][7]

[1] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[2] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[3] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[4] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[5] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[6] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[7] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.

Artículo 9º. Adiciónese el artículo 139D a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][8]

Artículo 10º. Adiciónese el artículo 139E a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][9]

Artículo 11º. Adiciónese el artículo 212A a la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][10]

Artículo 12º. Adiciónese el numeral 5 al artículo 216 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos: […][11]

CAPÍTULO III.

DE LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO.

Artículo 13º. ***Derechos y garantías para las víctimas de violencia sexual.*** Las víctimas de violencia sexual sin perjuicio de los derechos, garantías y medidas establecidos en los artículos 11 y 14, y el Capítulo IV del Título IV de la Ley 906 de 2000 [sic, es 2004]; en los artículos 8o, 19, 20, 21 y 22 de la Ley 1257 de 2008; en los artículos 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 52, 53, 54, 69, 132,135, 136, 137, 139, 140,149, 150, 151, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 190, 191 de la Ley 1448 de 2011; en el artículo 54 de la Ley 1438 de 2011; en el artículo 15 de la Ley 360 de 1997; en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198 de la Ley 1098 de 2006 y demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, tienen derecho a:

1. Que se preserve en todo momento la intimidad y privacidad manteniendo la confidencialidad de la información sobre su nombre, residencia, teléfono, lugar de trabajo o estudio, entre otros, incluyendo la de su familia y personas allegadas. Esta protección es irrenunciable para las víctimas menores de 18 años.

2. Que se les extienda copia de la denuncia, del reconocimiento médico legal y de cualquier otro documento de interés para la víctima.

3. No ser discriminadas en razón de su pasado ni de su comportamiento u orientación sexual, ni por ninguna otra causa respetando el principio de igualdad y no discriminación, en cualquier ámbito o momento de la atención, especialmente por los operadores de justicia y los intervinientes en el proceso judicial.

4. Ser atendida por personas formadas en Derechos Humanos, y enfoque diferencial. Todas las instituciones involucradas en la atención a víctimas de violencia sexual harán esfuerzos presupuestales, pedagógicos y administrativos para el cumplimiento de esta obligación.

5. El derecho a no ser confrontadas con el agresor, a no ser sometidas a pruebas repetitivas y a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la

[8] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[9] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[10] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.
[11] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano.

práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad.

6. Ser atendidas en lugares accesibles, que garanticen la privacidad, salubridad, seguridad y comodidad.

7. Ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación, directa o sobre sus familias o personas bajo su custodia.

8. A que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima.

9. A contar con asesoría, acompañamiento y asistencia técnica legal en todas las etapas procesales y desde el momento en que el hecho sea conocido por las autoridades. Las entrevistas y diligencias que se surtan antes de la formulación de imputación deberán realizarse en un lugar seguro y que le genere confianza a la víctima, y ningún funcionario podrá impedirle estar acompañada por un abogado o abogada, o psicóloga o psicólogo. Se deberán garantizar lugares de espera para las víctimas aislados de las áreas en las que se desarrollan las diligencias judiciales, que eviten el contacto con el agresor o su defensa, y con el acompañamiento de personal idóneo.

10. A que se les brinde iguales oportunidades desde un enfoque diferencial, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal.

11. A que se considere su condición de especial vulnerabilidad, atendiendo a su condición etaria, de discapacidad, pertenencia a un grupo étnico, pertenencia a poblaciones discriminadas o a organizaciones sociales o colectivos que son objeto de violencia sociopolítica, en la adopción de medidas de prevención, protección, en garantías para su participación en el proceso judicial y para determinar su reparación.

12. La mujer embarazada víctima de acceso carnal violento con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, deberá ser informada, asesorada y atendida sobre la posibilidad de continuar o interrumpir el embarazo.

PARÁGRAFO 1º. Los funcionarios públicos que en el desarrollo del proceso penal o cualquier otro tipo de actuación jurisdiccional o administrativa incumplan sus obligaciones respecto de la garantía de los derechos de las víctimas de violencia sexual, responderán ante los Tribunales y Juzgados competentes, y ante las autoridades disciplinarias por dichas conductas.

El Ministerio Público vigilará el cumplimiento de los derechos de las víctimas de violencia sexual de manera prioritaria. Las investigaciones sobre presuntas faltas disciplinarias se adelantarán a través del procedimiento verbal establecido en el Capítulo 1 del Título XI del Código Disciplinario Único.

PARÁGRAFO 2º. En el término de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Nacional de Medicina

Legal y Ciencias Forenses, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las Comisarías de Familia, la Policía Nacional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Salud y demás autoridades involucradas en los procesos de atención integral y acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, tendrán que presentar un informe detallado al Comité de Seguimiento sobre las medidas implementadas para la adecuación y fortalecimiento institucional que garanticen los derechos y garantías consagradas en este artículo.

Artículo 14º. La autoridad judicial competente adelantará la investigación de los delitos que constituyen violencia sexual con ocasión del conflicto armado, para lo cual se tendrán en cuenta como hipótesis, entre otras, lo siguiente:

1. Contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación.

2. Circunstancias en las que ocurrieron los hechos.

3. Patrones de comisión de la conducta punible.

4. Carácter generalizado o sistemático del ataque en virtud del cual se desarrolle la conducta.

5. Conocimiento del ataque generalizado o sistemático.

6. Pertenencia del sujeto activo a un aparato organizado de poder que actúe de manera criminal.

7. Realización de la conducta en desarrollo de una política del grupo organizado.

Artículo 15º. *Crimen de lesa humanidad como verdad judicial.* Se entenderá como "crimen de lesa humanidad" los actos de violencia sexual cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, de conformidad con las definiciones del artículo 7o del Estatuto de Roma y los elementos de los crímenes desarrollados a partir de ese Estatuto.

La autoridad judicial competente que adelante la investigación y el juzgamiento, deberá declarar que la(s) conducta(s) por la cual se investiga o juzga es de lesa humanidad, cuando así se establezca.

Artículo 16º. Modifíquese el inciso segundo del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 modificado por la Ley 1426 de 2010 en los siguientes términos: […][12]

Artículo 17º. *Obligación de adelantar las investigaciones en un plazo razonable y bajo el impulso de los funcionarios judiciales.* En los casos que involucren violencia sexual, el fiscal, el Juez o el Magistrado deben actuar con debida diligencia; deberán utilizar plenamente sus facultades oficiosas en la investigación para evitar que haya impunidad.

La investigación debe iniciarse de manera inmediata al conocimiento de los hechos y ser llevada a cabo en un plazo razonable. El impulso de la investigación es un deber jurídico propio, no debe recaer esta carga en la iniciativa de la víctima, en su

[12] Véase supra, Modificaciones del Código Penal colombiano

participación en el proceso o depender de su retractación. En caso de retractación, le corresponde al fiscal del caso corroborar los motivos que promovieron esta decisión de la víctima, especialmente aquellos referidos a las condiciones de seguridad, medidas de protección y posibles situaciones de revictimización.

El fiscal del caso deberá contar dentro de su grupo de investigadores criminalísticos con personal capacitado en delitos sexuales, con quienes adecuará el programa metodológico de la investigación de acuerdo a las características de cada caso y atendiendo a las características étnicas, etarias y socioeconómicas de la víctima.

Las actuaciones adelantadas por los funcionarios judiciales deberán respetar en todo momento la dignidad de las víctimas de violencia sexual y atender sus necesidades de tal manera que no constituyan actos de revictimización.

Artículo 18º. Recomendaciones para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba. Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, presunción de inocencia, autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, en los casos en que se investiguen delitos que involucren violencia sexual, el personal de Policía Judicial, de Medicina Legal, Ministerio Público, de Fiscalía, y de Judicatura podrán observar las siguientes recomendaciones en el recaudo, práctica y valoración de las pruebas:

1. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre.

2. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual.

3. El Juez o Magistrado no admitirá pruebas que propicien discriminaciones por razones religiosas, étnicas, ideológicas, políticas, u otras.

Artículo 19º. *Recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual.* Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, de la presunción de inocencia y la autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7o del Código de Procedimiento Penal, los funcionarios competentes podrán tener en cuenta las siguientes recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual, sin perjuicio de la utilización de otros criterios dirigidos a garantizar la debida diligencia en la investigación y Juzgamiento:

1. No se condicionará la determinación de la ocurrencia del hecho de violencia sexual a la existencia de prueba física.

2. La ausencia de rastros de espermatozoides, fluidos, ADN, o lesiones en el cuerpo de la víctima, no es razón suficiente para concluir la no ocurrencia de la conducta.

3. La utilización de preservativo por parte del presunto agresor, no permite inferir el consentimiento por parte de la víctima.

4. El hallazgo del himen entero en la víctima no es razón suficiente para concluir la no ocurrencia de la conducta.

5. Se atenderá al contexto en que ocurrieron los hechos criminales y los patrones que explican su comisión, especialmente aquellos que ocurren en el marco del conflicto armado. Para este efecto los operadores de justicia podrán acudir a peritajes psicológicos o antropológicos.

6. No se desestimará el testimonio de la víctima de violencia sexual con ocasión del conflicto armado, en especial cuando se trata de una víctima menor de edad.

7. Se introducirán técnicas de investigación de alta calidad para la obtención de pruebas sin ser degradantes para la víctima y minimizando toda intrusión en su intimidad.

8. Ante la existencia de una víctima con orientación sexual diversa se investigará a profundidad los hechos ocurridos, sin calificarlos a priori como crímenes pasionales o como venganzas personales. La investigación debe garantizar la hipótesis de la existencia del crimen por homofobia.

Artículo 20º. ***Competencia.*** Los delitos de violencia sexual no podrán ser investigados a través de la jurisdicción penal militar.

Artículo 21º. ***Comités técnicos-jurídicos de la fiscalía general de la nación para la investigación de la violencia sexual.*** Créanse los Comités Técnico-Jurídicos para la Investigación de la Violencia Sexual al interior de la Fiscalía General de la Nación, como mecanismos de direccionamiento estratégico de casos que por su dificultad y situación de mayor vulnerabilidad de las víctimas. Este Comité tendrá por objetivo realizar el análisis, monitoreo y definición de técnicas y estrategias de investigación con perspectiva de género y diferencial. Estos Comités se activarán cuando así lo dispongan el (la) Fiscal General de la Nación, el (la) Vicefiscal General de la Nación, o el Comité de Priorización de casos o situaciones, o la Dirección Nacional de Fiscalías, o las Unidades Naciones de Fiscalía, o las Direcciones Seccionales de Fiscalía, de manera oficiosa, como medida de priorización que acompañada de otras busque no solo garantizar el avance efectivo de la investigación, sino el acceso a la justicia de las víctimas. La realización de estos comités se podrá solicitar por la víctima, su representante judicial, la Defensoría del Pueblo o la organización que acompañe a la víctima. Quienes conformen el Comité, deberán demostrar experiencia y/o formación frente a la protección de los Derechos Humanos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, el enfoque de género y diferencial y la perspectiva psicosocial. Las recomendaciones y orientaciones técnicas que imparta el Comité, deberán ser atendidas por el Fiscal a cargo de la investigación y por el personal que cumple funciones de policía judicial y de investigación forense.

Cuando la víctima de violencia sexual sea también víctima de otras conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, que estén siendo investigadas de manera simultánea y por separado, el Comité podrá impartir orientaciones técnicas adicionales

para que en todas ellas se atienda la situación especial de la víctima, y la posible conexidad de la violencia sexual con los hechos objeto de las diferentes investigaciones.

PARÁGRAFO. Los Comités Técnico-Jurídicos para la Investigación de la Violencia Sexual al interior de la Fiscalía General de la Nación entrarán en funcionamiento en un plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

CAPÍTULO IV.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

Artículo 22º. ***Protección para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual.*** Para proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado y garantizar su acceso a la justicia y facilitar su participación en todas las etapas del proceso, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Se presume la vulnerabilidad acentuada de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado, el riesgo de sufrir nuevas agresiones que afecten su seguridad personal y su integridad física, y la existencia de riesgos desproporcionados de violencia sexual de las mujeres colombianas en el conflicto armado conforme a lo previsto en el Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional. En consecuencia, la adopción de las medidas provisionales de protección a que haya lugar, no podrá condicionarse a estudios de riesgo por ninguna de las autoridades competentes.

2. En todos los casos, los programas de protección deberán incorporar un enfoque de Derechos Humanos hacia las mujeres, generacional y étnico, y armonizarse con los avances legislativos, y los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional.

3. Además de las medidas de protección establecidas en los artículos 11, 12, 13, 17 y 18 de la Ley 1257 de 2008, y de las medidas de atención establecidas en el artículo 19 y 22 de la misma ley, deberá prestarse a las víctimas de violencia sexual atención psicosocial permanente, si ellas deciden aceptar la atención, hasta su plena recuperación emocional.

4. Las medidas de protección siempre serán extensivas al grupo familiar y a las personas que dependan de la víctima y quienes por defender los derechos de la víctima entren en una situación de riesgo.

5. Cuando las medidas de protección se adopten a favor de mujeres defensoras de Derechos Humanos, su implementación deberá contribuir además al fortalecimiento de su derecho a la participación, sus procesos organizativos y su labor de defensa de los Derechos Humanos.

6. La solicitud de protección ante las autoridades competentes, procede antes de la denuncia del hecho de violencia sexual. Ningún funcionario podrá coaccionar a la víctima a rendir declaración sobre los hechos antes de contar con una medida de

protección idónea y que garantice unas condiciones de seguridad y confianza para formular la denuncia.

7. Para el efecto, la Fiscalía General de la Nación, dispondrá de un mecanismo ágil para que las víctimas presenten su solicitud de protección antes de la formulación de la denuncia, y adoptará la medida de protección provisional más idónea, atendiendo a un enfoque diferencial, y aplicando las medidas especiales y expeditas previstas en los artículos 17 y 18 de la Ley 1257 de 2008.

8. Una vez formulada la denuncia, el Fiscal, la víctima o su representante judicial, podrá solicitar ante el Juez de Control de Garantías, la imposición de medidas de protección definitivas durante el tiempo que sea necesario, bajo un enfoque diferencial, que garanticen su seguridad, el respeto a su intimidad, su participación en el proceso judicial y la prevención de la victimización secundaria, de conformidad con los artículos 17 y 18 de la Ley 1257 de 2008, y los artículos 11 y 134 de la Ley 906 de 2004. Esta decisión deberá adoptarse en un término máximo de setenta y dos (72) horas.

9. Las medidas de protección que se adopten en aplicación de la Ley 1257 de 2008, no son excluyentes de otras medidas de protección que procedan en aplicación del Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, o del Programa de Protección a cargo del Ministerio del Interior.

10. El acceso a los programas de protección a víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación; para las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado, no podrá condicionarse a la eficacia o utilidad de la participación de la víctima, para la recolección de elementos probatorios o para la identificación del autor del hecho; se entenderá que la finalidad de la protección en estos casos, corresponde a la generación de condiciones de seguridad y de confianza suficientes, para el pleno ejercicio de los derechos de la víctima y para garantizar su participación durante el trámite del proceso penal.

CAPÍTULO V.

ATENCIÓN EN SALUD.

Artículo 23º. ***Atención integral y gratuita en salud.*** Las víctimas de violencia sexual tienen derecho a la atención prioritaria dentro del sector salud, su atención se brindará como una urgencia médica, independientemente del tiempo transcurrido entre el momento de la agresión y la consulta, y de la existencia de denuncia penal. La atención integral en salud a cualquier víctima de violencia sexual es gratuita. Todas las entidades del sistema de salud están en la facultad de implementar el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, que contendrá dentro de los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo la objeción de los médicos y la asesoría de la mujer en continuar o interrumpir el embarazo.

Artículo 24º. ***Atención psicosocial para las víctimas de violencia sexual.*** El Sistema de Seguridad Social en Salud deberá contar con profesionales idóneos y con programas especializados para la atención psicosocial de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado.

La atención psicosocial debe brindarse a la víctima que así lo solicite, desde el primer momento de conocimiento de los hechos, por parte de las autoridades judiciales, durante todo el proceso penal. La atención psicosocial se considerará en los incidentes de reparación como una de las medidas a ordenar en materia de rehabilitación. La atención psicosocial suministrada con anterioridad al incidente de reparación no podrá considerarse como una medida de reparación. La atención y reparación de las víctimas de violencia sexual en el marco del proceso penal especial de justicia y paz se seguirá por lo dispuesto en la Ley 975 de 2005, modificada por la Ley 1592 de 2012.

La atención psicosocial suministrada a las víctimas de violencia sexual debe prestarse hasta que la víctima la requiera y no puede ser restringida por razones económicas ni por razones de tiempo.

La atención psicosocial debe estar orientada a generar condiciones emocionales que favorezcan la participación de las víctimas en los procesos de exigibilidad de derechos a la verdad, la justicia y la reparación; y a la superación de los impactos emocionales derivados de la violencia sexual.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 47, 52, 53, 54, 137 y 138 de la Ley 1448 de 2011; del artículo 19 y 54 de la Ley 1438 de 2011, y de los artículos 13 y 19 de la Ley 1257 de 2008, y mientras no se garantice personal y recursos suficientes e idóneos en los términos establecidos en este artículo para acceder a la atención psicosocial, las víctimas de violencia sexual podrán optar por los servicios que prestan las organizaciones privadas expertas en la materia. Para el efecto, el Ministerio de Salud y las entidades del orden territorial bajo los principios de coordinación, subsidiariedad y concurrencia, establecerán convenios con organizaciones privadas o públicas que certifiquen su experticia en atención psicoterapéutica con perspectiva psicosocial, a través de las cuales se suministrará el servicio a las víctimas de violencia sexual que así lo soliciten, por el tiempo que sea necesario para su recuperación emocional.

La atención psicosocial recibida a través de una organización privada, hará parte integrante de la historia clínica de la víctima, no podrá ser desconocida por el personal médico de las EPS o ARS a la cual se encuentre afiliada la víctima.

CAPÍTULO VI.

MEDIDAS DE REPARACIÓN.

Artículo 25º. ***Medidas de reparación.*** Las víctimas de violencia sexual tienen derecho a la reparación integral. Los jueces deberán reconocer e identificar a las víctimas directas e indirectas, e individualizar los daños y perjuicios, materiales e inmateriales, individuales y colectivos, causados por los hechos de violencia sexual, atendiendo a criterios diferenciales de edad, grupo étnico, orientación sexual, identidad

o expresión de género, condición de discapacidad, condición de desplazamiento forzado o de víctima del conflicto armado, pertenencia a una organización social, actividad de liderazgo, entre otros.

La atención y reparación de las víctimas de violencia sexual en el marco del proceso penal especial de justicia y paz se seguirá por lo dispuesto en la Ley 975 de 2005, modificada por la Ley 1592 de 2012.

Las medidas de reparación estarán encaminadas a restituir integralmente los derechos vulnerados.

Las medidas de reparación deberán incluir medidas de restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición a cargo del responsable del delito.

Artículo 26º. ***Participación de las víctimas en la definición de las medidas de reparación.*** En todos los procedimientos para establecer las medidas de reparación, se garantizará que las víctimas o sus representantes judiciales sean escuchadas en sus pretensiones acerca de las medidas de reparación y se propugnará porque la reparación responda a las características propias del caso, como el contexto de conflicto armado, la edad de las víctimas, sus condiciones de vulnerabilidad, y la violencia sufrida. Si el juez en su fallo de reparación se aparta de las solicitudes de la víctima o de sus representantes, deberá justificar su decisión, y en todo caso, garantizará la reparación integral.

La atención y reparación de las víctimas de violencia sexual en el marco del proceso penal especial de justicia y paz se seguirá por lo dispuesto en la Ley 975 de 2005, modificada por la Ley 1592 de 2012.

Artículo 27º. ***Reglas especiales para el trámite del incidente de reparación integral en los casos de violencia sexual con ocasión del conflicto armada bajo el procedimiento de la ley 906 de 2004.*** En los casos de violencia sexual con ocasión del conflicto armado, se seguirán las siguientes reglas para el ejercicio e impulso del incidente de reparación integral:

1. Si la víctima directa no puede ser ubicada dentro del término legal previsto para iniciar el incidente de reparación integral, el fiscal deberá solicitar su inicio dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término dispuesto en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010. El Fiscal encargado remitirá copia de la solicitud de inicio a la Defensoría del Pueblo para garantizar que la víctima tenga un representante judicial idóneo.

2. Cuando se trate de víctimas menores de edad, que carecen de representación legal, o cuyos representantes se abstienen de solicitar el inicio del incidente el fiscal deberá solicitar su inicio dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término dispuesto en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010. A la audiencia que convoque el juez para el inicio del incidente, deberán ser citados, además, el

agente del Ministerio Público, el defensor de familia cuya designación se solicitará al ICBF, y el representante judicial de víctimas designado por la Defensoría del Pueblo.

3. En la audiencia pública establecida en el artículo 103 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 87de la Ley 1395 de 2010, el juez deberá examinar si las pretensiones formuladas recogen suficientemente los criterios de reparación integral y diferenciales establecidos en el artículo 28 de la presente ley. Al verificar que las pretensiones no incorporan tales criterios, el juez inadmitirá la solicitud, y concederá al representante judicial de víctimas la oportunidad dentro de la misma audiencia de adicionar a la solicitud medidas complementarias.

4. En la audiencia pública regulada por el artículo 103 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 87 de la Ley 1395 de 2010, se garantizará el derecho consagrado en el artículo 8o, literal k) de la Ley 1257 de 2008, especialmente cuando el juez dé la posibilidad de conciliar. La conciliación se limitará a las medidas indemnizatorias y no serán objeto de conciliación las medidas de restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición.

5. En la decisión que ponga fin al incidente de reparación integral, el juez podrá incluir medidas de indemnización, y medidas de restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, que en virtud del principio de reparación integral, y de acuerdo a los hechos demostrados deban ordenarse aunque en el incidente no se hayan invocado expresamente, pero puedan inferirse del contexto en que ocurrieron los hechos y de acuerdo a los criterios diferenciales que resulten evidentes.

6. El término de caducidad previsto en el artículo 106 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 89 de la Ley 1395 de 2010, se entenderá ampliado, por la suma de los plazos previstos en los numerales 2 y 3 del presente artículo, cuando haya lugar a aplicarlos.

PARÁGRAFO 1º. El fiscal y el representante judicial de víctimas deberán actuar con la debida diligencia para garantizar la reparación integral a las víctimas que representa. El incumplimiento de este deber, a través de conductas omisivas en la solicitud de las respectivas medidas de indemnización, restitución, satisfacción, rehabilitación o garantías de no repetición, o en la solicitud y práctica de las pruebas, constituirá una presunta falta a la debida diligencia profesional de conformidad con el Código Disciplinario del Abogado.

PARÁGRAFO 2º. La Defensoría del Pueblo establecerá criterios de selección e implementará programas de formación especializados y continuos para los representantes judiciales de víctimas, con el fin de garantizar que este servicio sea suministrado a través de personal idóneo y con conocimiento suficiente sobre los derechos humanos de las mujeres, de las niñas, los niños y adolescentes, sobre el enfoque diferencial, y sobre los mecanismos para garantizar plenamente los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral.

Artículo 28º. ***Regla especial para la liquidación de perjuicios en los casos de violencia sexual con ocasión del conflicto armado tramitados bajo los procedimientos anteriores a la ley 906 de 2004.*** En la decisión que resuelva la liquidación de perjuicios, el juez podrá incluir medidas de reparación que en virtud del principio de reparación integral, y de acuerdo a los hechos demostradas <sic> deban ordenarse aunque no se hayan invocado expresamente en el momento procesal correspondiente, pero puedan inferirse del contexto en que ocurrieron los hechos y de acuerdo a los criterios diferenciales que resulten evidentes.

Artículo 29º. Agréguese un parágrafo 2º al artículo 145 de la Ley 1448 de 2011 en los siguientes términos:

> (...) Parágrafo 2º. Como parte del desarrollo del enfoque diferencial, el Centro de Memoria Histórica presentará en el término de dos (2) años al Gobierno Nacional, al Congreso de la Republica, a las Altas Cortes y a la Fiscalía General de la Nación, un informe especial de carácter público, sobre violencia sexual con ocasión del conflicto armado.
>
> El informe, que tendrá un alcance nacional, buscará establecer la existencia de patrones de la ocurrencia de este tipo de conductas y describir el contexto regional en el que se desarrollaron, atendiendo a las causas sociales, económicas, políticas y culturales que permitieron la comisión de este tipo de violencia.
>
> La metodología para la elaboración del informe incluirá la documentación de casos de víctimas de violencia sexual y la utilización de la sistematización de la información de los acuerdos por la verdad establecidos en la Ley 1424 de 2011 <sic, es 2010>, así como de las versiones libres en el marco de la Ley 975 de 2005.

CAPÍTULO VII.

OTRAS DISPOSICIONES.

Artículo 30º. ***Fortalecimiento de la política en derechos sexuales y reproductivos, salud sexual y reproductiva, equidad y violencia basada en género.*** El Ministerio de Defensa, con los aportes de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, continuará fortaleciendo su política en derechos sexuales y reproductivos, salud sexual y reproductiva, equidad y violencia basada en género, para que se incluyan acciones encaminadas a:

> 1. Prever que los mandos superiores ejerzan medidas concretas que prevengan la comisión de conductas de violencia sexual por parte de sus subalternos. Los mandos superiores deberán dar ejemplo y deberán asegurar que el personal bajo su supervisión son conscientes de que la violencia sexual es inaceptable para su institución, y que ningún comportamiento de este tipo será tolerado.
>
> 2. Fortalecer los procesos de formación de quienes integran la fuerza pública, así como en la preparación de misiones en terreno. Los mandos superiores harán hincapié en la importancia que el Ministerio de Defensa concede a la eliminación de la violencia sexual.

3. La creación de un programa eficaz de acercamiento a la comunidad local para explicar la política del Ministerio de Tolerancia Cero frente a la violencia sexual, y la de establecer mecanismos eficaces para que las personas puedan hacer quejas en un entorno confidencial. La campaña de difusión debe dejar claro que represalias contra aquellos que se quejan de que no se tolerará.

4. La creación de un procedimiento de recolección de información sobre quejas contra integrantes de las fuerzas armadas por la presunta comisión de conductas que impliquen violencia sexual, en la que se enfatice en el seguimiento a las respuestas a estas quejas.

5. La creación de un protocolo de reacción inmediata ante la noticia de un hecho de violencia sexual cometido por uno de sus integrantes, o en zonas que se encuentran bajo su control, para garantizar la aplicación coherente de los procedimientos disciplinarios, y se dé inmediato traslado de la denuncia a la justicia ordinaria para su correspondiente investigación.

Artículo 31º. ***Sistema unificado de información sobre violencia sexual.*** En concordancia con lo establecido en el artículo 9o numeral 9 de la Ley 1257 de 2008 y en el artículo 3o literal k) del Decreto Nacional 164 de 2010, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, en coordinación con la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, asesorarán la incorporación al Sistema de Registro Unificado de Casos de Violencia contra la Mujer contemplado en dichas normas, de un componente único de información, que permita conocer la dimensión de la violencia sexual de que trata la presente ley, monitorear los factores de riesgo de la misma, y aportar elementos de análisis para evaluar las medidas adoptadas en materia de prevención, atención y protección.

Para la estructuración del componente único de información se articularán y unificarán, en el plazo de un (1) año, los sistemas de registro e información del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del Ministerio de Defensa, de la Fiscalía General de la Nación, de la Rama Judicial, del Ministerio de Salud, de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, de las Empresas Promotoras de Salud, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, sobre violencia sexual, especialmente con ocasión del conflicto armado.

Cada entidad involucrada estará obligada a suministrar toda la colaboración, y a entregar la información respectiva.

El sistema único de información dará cuenta de los casos de violencia sexual registrados por todas las entidades especificando:

1. El lugar y la fecha de ocurrencia de los hechos.

2. Caracterización de las víctimas, especificando el sexo, edad, grupo étnico, orientación sexual, identidad o expresión de género, condición de discapacidad condición de desplazamiento forzado o de víctima del conflicto armado, pertenencia a una organización social, actividad de liderazgo, entre otros.

3. Caracterización del presunto victimario especificando el sexo, la edad, pertenencia a un grupo armado y su identificación, relación con la víctima, entre otros criterios diferenciales.

4. Medidas de prevención, atención y protección adoptadas.

5. Casos que son conocidos por las autoridades judiciales, si se ha presentado denuncia, calificación jurídica provisional o definitiva, etapa del proceso penal y existencia de fallos sobre responsabilidad penal.

El Sistema de Registro Unificado de Casos de Violencia contra la Mujer señalado en el inciso primero deberá establecer parámetros de transparencia, de seguridad y privacidad de las víctimas, y de accesibilidad.

La información deberá ser pública y continuamente actualizada a través de la página web que determine la entidad responsable del mismo, respetando la reserva sobre la identidad de las víctimas.

Artículo 32º. *Comité de seguimiento*. El Comité de Seguimiento creado por el artículo 35 de la Ley 1257 de 2008, tendrá dentro de sus funciones:

1. Evaluar el cumplimiento de las obligaciones de las instituciones responsables de la atención; prevención, investigación, juzgamiento, sanción y reparación en materia de violencia sexual, especialmente con ocasión del conflicto armado.

2. Hacer seguimiento e identificar los obstáculos en la articulación interinstitucional en la atención y el acceso a la justicia para las víctimas de violencia sexual.

3. Emitir las recomendaciones pertinentes frente al cumplimiento de las obligaciones de las instituciones involucradas en la atención, prevención, investigación, juzgamiento, sanción y reparación en materia de violencia sexual, especialmente con ocasión del conflicto armado.

Para la ejecución de estas funciones adoptará indicadores de seguimiento para evaluar el nivel de cumplimiento, los avances e impactos de las medidas de prevención, atención, protección y acceso a la justicia para las víctimas de la violencia sexual previstas en la presente ley. La información resultante de esta labor de seguimiento, será incluida en el informe anual al Congreso a que se refiere el inciso 2o del artículo 35 de la Ley 1257 de 2008.

PARÁGRAFO. El Comité de Seguimiento realizará sesiones trimestrales dedicadas a la evaluación sobre el nivel de cumplimiento de las obligaciones asignadas a las diferentes entidades estatales en la presente ley, y al monitoreo de la problemática de la violencia sexual, especialmente con ocasión del conflicto armado. A las sesiones trimestrales a que se refiere el presente artículo, serán invitados permanentes: un (1) delegado/a del Ministerio de Justicia y del Derecho, un/a (1) delegado/a del Ministerio del Interior, un/a (1) delegado/a del Ministerio de Salud, un/a (1) delegado/a del Ministerio de Defensa, un/a (1) delegado/a de la Fiscalía General de la Nación, dos (2) Representantes a la Cámara, dos (2) Senadores, un (1) delegado del Consejo Superior de

la Judicatura, y tres (3) representantes de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, elegidas estas últimas por un mecanismo definido exclusivamente por ellas mismas. Y como observadores internacionales podrán ser invitados: un/a (1) delegado/a de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, un/a (1) delegado/a del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) y un/a (1) delegado/a de ONU-Mujeres.

Artículo 33º. ***Estrategia integral de justicia transicional.*** En el marco de un acuerdo de paz, la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de violencia sexual causada con ocasión del conflicto armado, se hará a través de una estrategia integral de justicia transicional.

Artículo 34º. Todas las disposiciones de la Ley 1652 de 2013 se aplicarán en los procesos que se surtan en desarrollo de lo previsto en la presente ley respecto de víctimas menores de edad.

Para estos casos, el gobierno reglamentará en un plazo no superior a 6 meses después de la aprobación de la presente ley, lo relativo a la ruta de atención médica, clínica, judicial y a los reconocimientos de ocurrencia de los hechos, en función de la protección de los derechos de las víctimas menores de edad. Para ello, se podrán definir procedimientos e instancias especiales.

Artículo 35º. ***Vigencia.*** La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias

4. Ecuador[1]

Código Orgánico Integral Penal

El Código Orgánico Integral Penal, aprobado por la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, entró en vigor tras las publicación del suplemento del Registro Oficial núm. 180, de fecha 10 de febrero de 2014.

Puede consultarse el texto del Código Orgánico Integral Penal en el siguiente enlace.

[1] Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración.

5. Perú[1]

Proyecto de ley del nuevo Código Penal

El Proyecto de ley núm. 3491 fue presentado al Congreso de la República por el Grupo parlamentario PPC-APP con fecha de 14 de mayo de 2014.

Puede consultarse el texto del proyecto en el siguiente enlace.

[1] Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración.

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) I Congreso Internacional de la FICP

29 y 30 de mayo de 2015. Facultad de Derecho, **Univ. de Barcelona** (todo el jueves 29 y viernes 30 por la mañana). Nuestra Fundación va a celebrar por fin su Primer Congreso Internacional. Organizado por la FICP y el Dpto. de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona y dirigido por los Profs. Dres. Luzón Peña, Mir Puig (presidentes de honor FICP), Corcoy Bidasolo y Gómez Martín (patronos). Destinado a la participación de los miembros de la FICP, patronos y socios, con ponencias, comunicaciones y debates en los diversos paneles y mesas. Más adelante se publicará la información detallada y programa en la página web de la FICP: www.ficp.es.

2. Campaña de difusión

Este año 2014 se ha realizado una amplia campaña de difusión de la FICP, en la que se ha explicado a los interesados, muy especialmente a los de procedencia latinoamericana, que ya se dispone de la posibilidad de pago de las cuotas mediante tarjeta de crédito, para muchos más sencilla y económica. Como resultado de esta campaña de difusión, la FICP ya supera los 130 socios.

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)

* **31 de octubre de 2014**. Monasterio de Andechs, Baviera, Alemania. Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, catedrático emérito de la

Univ. München y socio de la FICP, con motivo de su 70º aniversario. Mañana: Symposium Internacional en Homenaje al Prof. Schünemann "Der Schuldbegriff im Strafrecht und die Verantwortlichkeit juristischer Personen" ("El concepto de culpabilidad en el Derecho Penal y la responsabilidad penal de las personas jurídicas"), moderado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, primer socio de la FICP, y organizado por el Institut für Anwaltsrecht, Ludwig-Maximilians-Univ. München (entre los ponentes el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Silva Sánchez, socio FICP). Tarde: Acto de entrega de los dos Libros Homenaje, en alemán y español, al homenajeado por su 70.º cumpleaños: (i) "Streitbare Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70.Geburtstag am 1.November 2014" (eds. Hefendehl, Hörnle y Greco), Berlin, De Gruyter, 2014, y (ii) "Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario" (eds. Gimbernat/Gracia/Peñaranda/Rueda/Suárez/Urquizo) t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann es socio de la FICP y miembro del Consejo Internacional Científico de nuestra revista Libertas. Primer discípulo del Prof. Roxin y uno de los representantes más importantes de la ciencia penal alemana, ha estado estrechamente vinculado científica y personalemente a los Profs. Luzón Peña, Mir Puig y su discípulo Silva Sánchez y sus respectivas escuelas científicas y al Prof. Gracia, acogiendo en la Univ. de Múnich para estancias investigadoras a discípulos de los mismos y participando en múltiples proyectos comunes, y ha sido en las últimas décadas uno de los penalistas alemanes que más ha intervenido con ponencias, cursos, conferencias y publicaciones en los paises latinoamericanos y España. Otros ilustres penalistas alemanes, como p.ej. los Profs. Roxin y Tiedemann, han tenido otros diversos libros-homenaje en otros momentos en español (Roxin incluso en portugués) además del LH (FS) en alemán con motivo de su 70º aniversario, participando en éste múltiples penalistas hispanoparlantes, pero en el caso del Prof. Schünemann es la primera vez que por su 70º cumpleaños se le preparan y entregan simultáneamente sendos libros-homenaje en alemán y en español.

En el acto estuvieron presentes diversos miembros de la FICP: entre los editores científicos del libro, el socio Prof. Dr. Dr. h.c. mult. L. Gracia Martín, y como asistentes los patronos Profs. Dres. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Paredes Castañón, Cancio Meliá, Olaizola Nogales, Roso Cañadillas y Jericó Ojer, así como los socios Profs. Dres. Roxin, Wolter, Silva Sánchez, Robles Planas, Vega Gutiérrez y Martínez Cantón.

A la izquierda, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann durante el Symposium Internacional en Andechs en el Homenaje con motivo de su 70º aniversario. A la derecha, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Roxin moderando el debate del symposium.

* **9 de octubre de 2014**. Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Pública de Navarra (España). Acto de lectura y defensa de la tesis doctoral con mención internacional de la Prof. D.ª Paz Francés Lecumberri, socia de la FICP y profesora ayudante de la Univ. Pública de Navarra, titulada "Tratamiento penal del falseamiento de cuentas y otros documentos en las sociedades (Art. 290 del Código Penal)" y dirigida por el Prof. Dr. Díaz y García Conlledo, catedrático de Derecho penal de la Univ. de León y patrono de la FICP. Tribunal juzgador: Profs. Dres. Luzón Peña (presidente), L. Foffani, Catedrático. Univ. di Modena, Italia, y socio FICP, e I. Olaizola Nogales, catedr. Univ. Pública de Navarra y patrona de la FICP. Calificación: sobresaliente cum laude.

* **21 de octubre de 2014**. Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Acto de lectura y defensa de la tesis doctoral de D. Augusto César Díaz Pérez, titulada "Los delitos contra el medio ambiente en los ordenamientos penal español y nicaragüense. Un estudio comparativo con especial referencia a los delitos de contaminación ambiental, art. 325 ss. CP español; contaminación de suelo, subsuelo y aguas, arts. 365 y 366 CP nicaragüense", dirigida por la Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas, Prof. Titular de la Univ. Alcalá y Patrona de la FICP. Tribunal juzgador: Profs. Dres. Luzón Peña (presidente), Díaz y García Conlledo, catedrático de la Univ. de León y patrono de la FICP, Paredes Castañón, catedrático de la Univ. de Oviedo y

patrono de la FICP, Olaizola Nogales, catedrática de la Univ. Pública de Navarra y patrona de la FICP, y Vega Gutiérrez, Univ. de Alcalá y socio de la FICP. Calificación: sobresaliente cum laude.

* **19 de diciembre de 2014**. Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Acto de lectura y defensa de la tesis de Dª Johanna Carolina Arias Merlano "El bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de dinero (el caso colombiano 1982-2002)" (co-directores: Prof. Dres. D.-M. Luzón Peña, catedr. Univ. Alcalá, y Miguel Abel Souto, catedr. acred. Univ. de Santiago de Compostela y socio FICP). Entre los miembros del Tribunal Juzgador estaban los Profs. Dres. M. Díaz y García Conlledo, Univ. de León, y Miguel Ángel Núñez Paz, Univ. de Huelva, respectivamente patrono y socio de la FICP. Calificación: sobresaliente.

2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

– ***Patronos*** (con asterisco los patronos):

- Roxin, Claus, Derecho penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña* (dir.), José Manuel Paredes Castañón*, Miguel Díaz y García Conlledo*, Javier de Vicente Remesal*, y, conjuntamente con D.-M. Luzón, Marta García Mosquera, María A. Trapero Barreales*, Inés Olaizola Nogales*, Raquel Roso Cañadillas*, Soledad Barber Burusco*, Leticia Jericó Ojer*, Isabel Durán Seco*, Virxilio Rodríguez Vázquez, Silvia Martínez Cantón, José-Zamyr Vega Gutiérrez y Susana Escobar Vélez. Madrid/Navarra, Civitas-Thomson R., 2014.

- Luzón Peña, D.-M.*(dir.)/Díaz y García Conlledo, M.* (coord.)/de Vicente Remesal, J.*/Paredes Castañón, J. M.*/Olaizola Nogales, I.*/ M. Trapero* (Superv.), Código Penal y legislación complementaria, 2ª ed. Con la colaboración de: R. Roso*, S. Barber*, L. Jericó*, I. Durán*, F. de la Fuente, J. Pavía, M. García Mosquera, S. Martínez Cantón, J.M. García Sobrado, V. Rodríguez Vázquez, J.-Z. Vega, M. Vicente de Gregorio, P. Francés, S. Escobar, C. Pérez-Sauquillo, N. Torres Cadavid, Madrid, Reus, 2014.

- Luzón Peña, D.-M.*, El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal, Anuario Fac.de Derecho de Ourense 2012 (realm. 2013), pp. 157-201.

- Luzón Peña, D.-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, Derecho Penal Mínimo 14 2014, México, Radbruk, pp. 1-20; tb. en RDUCA 17 2014, pp. 131-152.

- Luzón Peña, D.-M.*, Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuridicidad o de la tipicidad y requisitos respectivos, Rev. Peruana de Ciencias Penales (RPerCP) 25 2013, pp. 355-384.

- Luzón Peña, D.-M.*, Responsabilidad penal del asesor jurídico, en Javier Augusto de Luca (coord.), XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina. Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, AAPDP/Univ. Nac. de Rosario/Ed. La Ley, Buenos Aires/Rosario, 2013, pp. 3-28.

- Luzón Peña, D.-M.*, Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades, en E. Demetrio Crespo (dir.)/M. Maroto (coord.), Crisis financiera y Derecho Penal económico, Madrid/Buenos Aires-Montevideo, Edisofer/ B de F, 2014, pp. 757-785.

- Luzón Peña, D.-M.*, Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit, en Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag (eds. Hefendehl/Hörnle/Greco), Berlin-Boston, de Gruyter, 2014, pp. 445-456.

- Luzón Peña, D.-M.*, Exculpación por inexigibilidad penal individual, en : Libertas 2, 2014, pp. 232-249; tb. en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (eds. Gimbernat / Gracia / Peñaranda* / Rueda / Suárez / Urquizo) t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 343-360.

- Olaizola Nogales, Inés*, La financiación ilegal de los partidos, Valencia, Tirant, 2014.

- Roso Cañadillas, Raquel*, La apropiación indebida en la pareja: Amor, codicia y desamor, Revista de Derecho y proceso penal, 33, 2014, pp. 73-96.

– ***Socios*** (con asterisco los socios):

- Roxin, Claus*, Derecho penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente

Remesal, y, conjuntamente con D.-M. Luzón, Marta García Mosquera*, María A. Trapero Barreales, Inés Olaizola Nogales, Raquel Roso Cañadillas, Soledad Barber Burusco, Leticia Jericó Ojer, Isabel Durán Seco, Virxilio Rodríguez Vázquez*, Silvia Martínez Cantón, José-Zamyr Vega Gutiérrez* y Susana Escobar Vélez*. Madrid/Navarra, Civitas-Thomson R., 2014.

- Gimbernat/Gracia*/Peñaranda /Rueda*/Suárez /Urquizo (eds.), Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario, t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014.

- Luzón Peña, D.-M. (dir.)/Díaz y García Conlledo, M. (coord.)/de Vicente Remesal, J./Paredes Castañón, J. M./Olaizola Nogales, I./ M. Trapero (superv.), Código Penal y legislación complementaria, 2ª ed. Con la colaboración de: R. Roso, S. Barber, L. Jericó, I. Durán, F. de la Fuente, J. Pavía, M. García Mosquera*, S. Martínez Cantón, J.M. García Sobrado, V. Rodríguez Vázquez*, J.-Z. Vega*, M. Vicente de Gregorio*, P. Francés*, S. Escobar*, C. Pérez-Sauquillo*, N. Torres Cadavid*, Madrid, Reus, 2014.

- Maza Martín, J. Manuel*/Sánchez Melgar, Julián (coords.), Revista Sepin Práctica Penal, 75 (Homicidio y Asesinato) y 76 (Prevaricación), 2014.

- Robles Planas, Ricardo*, Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico, Buenos Aires, B de f, 2014

- Sánchez-Ostiz, Pablo*/ Íñigo Corroza, Mª Elena, Delictum 2.0: materiales para clases prácticas de introducción a la Teoría General del Delito, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2014.

- Vidales Rodríguez, Caty*, Tráfico de drogas y delincuencia económica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

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

– ***Ponencias en seminarios, congresos o cursos. Conferencias:***

- 16 y 17 de octubre de 2014. Con motivo de la celebración del Seminario Internacional "La política criminal europea ante la corrupción", organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona (dir.: Prof. Dr. Queralt

Jiménez), se realizaron las siguientes intervenciones de patronos o socios de la FICP:

- Ponencia de la Prof. Dra. Fernández Bautista: "La autoría del administrador", actuando como moderadora la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo.
- Ponencia del Prof. Dr. Cardenal Montraveta: "Las penas de inhabilitación y de suspensión de empleo o cargo público".
- Ponencia de la Prof. Dra. Santana Vega: "Indulto y delitos de corrupción".
- Participación del Prof. Dr. Carpio Briz en la mesa redonda "Taller: Autocontratación", actuando como moderador el Prof. Dr. Gómez Martín.

- **24 de noviembre de 2014**. Con motivo de la celebración del Seminario Internacional "La corrupción en el deporte", organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona (dir.: Profs. Dres. Queralt Jiménez y Gómez Martín; coord.: Profs. Dres. Fernández Bautista, Hortal Ibarra y Carpio Briz), se realizaron las siguientes ponencias de patronos y socios de la FICP:

  - Ponencia del Prof. Dr. Foffani: "La perspectiva comparada. En especial, el caso 'Calciopoli'", en la mesa redonda "El fenómeno de la corrupción deportiva", moderado por la Prof. Dra. Corcoy Bidasolo.
  - Ponencia del Prof. Dr. Díaz y García Conlledo: "Algunas cuestiones político-criminales y dogmáticas fundamentales" en la mesa redonda "Dopaje y Derecho penal", moderada por la Prof. Dra. Santana Vega.
  - Ponencia del Prof. Dr. Benítez Ortúzar: "La Agencia Mundial Antidopaje como actor global en la lucha contra el dopaje. Su incidencia en el delito de dopaje del artículo 361 bis CP", en la mesa redonda "Dopaje y Derecho penal", moderada por la Prof. Dra. Santana Vega.

- **25-27 de marzo de 2015**. Con motivo de la próxima celebración del Congreso Internacional "Transparencia institucional, participación ciudadana, actividad política y lucha contra la corrupción", organizado por la Univ. Las Palmas de Gran Canaria, tendrán lugar las siguientes intervenciones de patronos o socios de la FICP:

  - Ponencia de la Prof. Dra. Fernández Bautista: "El nuevo delito de corrupción privada del artículo 286 bis CP".
  - Ponencia del Prof. Dr. Cardenal Montraveta: "La respuesta penal adecuada para los responsables de delitos relacionados con la corrupción".

- Ponencia del Prof. Dr. Queralt Jiménez: "Prevenir y Reprimir la corrupción".
- Ponencia de la Prof. Dra. Olaizola Nogales: "La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción".

– ***Organización de seminarios y congresos***:

- 16 y 17 de octubre de 2014. Seminario Internacional "La política criminal europea ante la corrupción". Organizado por la Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona (dir.: Prof. Dr. Queralt Jiménez). Aforo limitado y previa inscripción en: escolapostgrau.dret@ub.edu. Más información también en la página web www.ficp.es, en la sección de *Noticias y cursos/Noticias de otras entidades*.

- 24 de noviembre de 2014. Seminario Internacional "La corrupción en el deporte". Organizado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Barcelona (dir.: Profs. Dres. Queralt Jiménez y Gómez Martín; coord.: Profs. Dres. Fernández Bautista, Hortal Ibarra y Carpio Briz). Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona. Aforo limitado previa inscripción en: escolapostgrau@ub.edu. Más información también en la página web www.ficp.es, en la sección de *Noticias y cursos/Noticias de otras entidades.*

- **25-27 de marzo de 2015**. Congreso Internacional "Transparencia institucional, participación ciudadana, actividad política y lucha contra la corrupción". Organizado por el Grupo de Investigación Problemas Jurídicos Actuales, Univ. Las Palmas de Gran Canaria (coord.: Profs. Dres. Santana Vega, Rodríguez-Drincourt Álvarez, Sánchez Blázquez, Grau Pineda, Cuesta López. Sede del Ilte. Colegio de Abogados de Las Palmas, Las Palmas de Gran Canaria. Aforo limitado y previa inscripción. Más información en: www.gi.ulpgc.es/invpja/wordpress/?lang=es.

- **29 y 30 de mayo de 2015**. I Congreso Internacional de la FICP. Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona (todo el jueves 29 y viernes 30 por la mañana). Nuestra Fundación va a celebrar por fin su Primer Congreso Internacional. Organizado por la FICP y el Dpto. de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona y dirigido por los Profs. Dres. Luzón Peña, Mir Puig (presidentes de honor FICP), Corcoy Bidasolo y Gómez Martín (patronos). Destinado a la participación de los miembros de la FICP, patronos y socios, con ponencias, comunicaciones y debates en los diversos paneles y mesas. Más adelante se publicará la información detallada y programa en la página web de la FICP: www.ficp.es.