

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2015-1

(abril 2015)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

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

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

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

Coordinación técnica: Prof. Enrique F. Luzón Campos
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. asociado Derecho Penal.
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 e italiano.***

*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
<i>Catedráticos de Derecho Penal</i>	6
Manifiesto contra la reforma del Código Penal	
<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá</i>	10
“Pacto antiterrorista”: por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco	
<i>Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez</i>	14
¿Responsabilidad penal de menores de 14 años? No hacer de la excepción regla	
<i>Excmo. Sr. Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago</i>	16
Caso «Obstrucción al Parlament de Catalunya». Delito contra las instituciones del Estado del artículo 498 CP	
<i>Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez</i>	21
La imputación penal	
2. Estudios	24
<i>Prof. Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez</i>	24
Apuntes sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal sustantivo y procesal cubano	
<i>Prof. Dra. Marta García Mosquera</i>	43
¿Menores con personalidad antisocial? Una reflexión sobre los diagnósticos de trastornos de conducta y de personalidad en la jurisdicción penal de menores	
<i>Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez</i>	49
Bases para la delimitación del objeto material en el delito de iniciados	
<i>Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia/Alfonso Allué Fuentes</i>	70
La motivación y contenido del auto por el que se acuerda la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Perspectiva jurisprudencial	
<i>Prof. Beatriz Suárez Sánchez</i>	87
Progresión de la justicia transicional en el ámbito colombiano. Análisis de la justicia transicional en contexto de procesos de paz	
<i>M.^a Irene Álvarez de Basterrechea</i>	110
Análisis de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea	
<i>Alfonso Allué Fuentes</i>	121
Perspectiva jurisprudencial del delito y la falta de lesiones. Un caso en el límite.	
<i>Ana Isabel Betrán Pardo</i>	128
Personas jurídicas y entes colectivos en los delitos de tráfico de droga cometidos por organización delictiva.	
<i>Francisco Javier Bretones Alcaraz</i>	149
La corrupción en el deporte: art. 286 bis, 4º CP	
<i>Francesc Calls Ginesta</i>	165
El debate sobre la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de violencia de género en España	
<i>Prof. Marta Escudero Muñoz</i>	174

El levantamiento de cadáver y su importancia en la simulación de delito <i>Tatiana de Francisco López</i>	188
Policía científica y técnicas de investigación criminal: dactiloscopia <i>Victoria Gallego Martínez</i>	201
La circulación o entrega vigilada <i>Dra. Ana María Gil Antón</i>	208
Delitos contra la ordenación del territorio, tras la Ley 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal <i>Cristina Giralt Padilla</i>	233
La prescripción de la pena. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad como modalidad de cumplimiento y efectos en materia de interrupción de la prescripción. Análisis de la Jurisprudencia y de la regulación legal tras la LO 1/2015, de reforma del Código Penal <i>Ildefonso Manuel Gómez Padilla</i>	251
Dopaje genético deportivo. Consecuencias penales y éticas actuales. <i>Francisca Juárez Vasallo</i>	259
Las redes sociales y la libertad de expresión <i>Eva María Motos Buendía</i>	270
La eficacia de la orden de protección en los casos de violencia de género <i>M.ª Jesús Muñoz Company</i>	281
Organización criminal y grupo criminal en la regulación penal actual. Análisis de la jurisprudencia reciente. <i>M.ª Teresa Pedrós Torrecilla</i>	295
El responsable a título lucrativo <i>Agustín Prieto Morera</i>	308
La política legislativa para evitar las macrocausas. Reflexiones de derecho comparado. <i>Sacramento Ruiz Bosch</i>	330
La trata de seres humanos <i>Inmaculada Serrano Pérez</i>	352
La protección cautelar penal y civil de las víctimas de violencia de género	365
<i>Silvia Vivó Cabo</i>	365
La participación ciudadana en la Administración de Justicia: el Jurado.....	365
II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY	379
1. España.....	379
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo	379
Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo	379
Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo	389
2. Colombia.....	426
Proyecto de Ley 224 de 2015.....	426
III. NOTICIAS DE LA FICP	427
1. Congresos, seminarios y cursos.....	427
2. Campaña de difusión	428
IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP	428
1. Distinciones, galardones; grados académicos	428
2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP	429
3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP.....	437

I. TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

Manifiesto contra la reforma del Código Penal¹

~Catedráticos de Derecho Penal²~

Los abajo firmantes, todos Catedráticos de Derecho Penal, ante la grave situación que atraviesa la legislación sancionadora penal y administrativa en España, quieren poner de manifiesto y hacer públicas las siguientes consideraciones:

1ª) El Gobierno, abusando de una mayoría absoluta obtenida legítimamente en las últimas elecciones, está impulsando unas reformas penales que padecen, al menos, de los siguientes defectos:

a) En primer término evidencia una enorme pobreza técnica, lo que se ha puesto de relieve por los juristas que han informado ante la Comisión de Justicia del Congreso

¹ Manifiesto facilitado a diversos medios de comunicación con fecha de 21 de enero de 2015. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal puede consultarse en la sección II (Legislación y Proyectos de Ley) de esta revista.

² Firmantes: Profs. Dres. Álvarez García (Universidad Carlos III); Abel Souto (Santiago de Compostela); Acale Sánchez (Cádiz); Alonso Álamo (Valladolid); Benítez Ortúzar (Jaén); Berdugo Gómez de la Torre (Salamanca); Boldova Pasamar (Zaragoza); Cancio Meliá (Autónoma de Madrid); Carbonell Matéu (Valencia); Carmona Salgado (Granada); Cervelló Donderis (Valencia); Corcoy Bidasolo (Barcelona); Cuerda Arnau (Jaume I); Cuerda Riezu (Rey Juan Carlos); De la Cuesta Aguado (Cantabria); De Vicente Martínez (Castilla-La Mancha); Demetrio Crespo (Castilla-La Mancha); Díaz y García Conlledo (León); Díez Ripollés (Málaga); Dopico Gómez-Aller (Carlos III); Doval País (Alicante); Esther Hava (Cádiz); Faraldo Cabana (Coruña); Fernández Teruelo (Oviedo); Ferré Olivé (Huelva); García Albero (Lérida); García Arán (Autónoma de Barcelona); García Pérez (Málaga); García Rivas (Castilla-La Mancha); Gimbernat Ordeig (Complutense); González Cussac (Valencia); González Rus (Córdoba); Gracia Martín (Zaragoza); Guanarteme Sánchez-Lázaro (La Laguna); Iglesias Río (Burgos); Juanatey Dorado (Alicante); Lamarca Pérez (Carlos III); Lorenzo Copello (Málaga); Lorenzo Salgado (Santiago de Compostela); Maqueda Abreu (Granada); Martínez Buján (Coruña); Martínez Escamilla (Complutense); Miró Linares (Miguel Hernández); Morales Prats (Autónoma de Barcelona); Muñoz Conde (Pablo de Olavide); Muñoz Sánchez (Málaga); Nieto Martín (Castilla-La Mancha); Nuñez Paz (Huelva); Orts Berenguer (Valencia); Otero González (Carlos III); Paredes Castañón (Oviedo); Peñarando Ramos (Autónoma de Madrid); Pérez Cepeda (Salamanca); Pérez Manzano (Autónoma de Madrid); Peris Riera (Murcia); Portilla Contreras (Jaén); Queralt Jiménez (Barcelona); Quintero Olivares (Rovira i Virgili); Rebollo Vargas (Autónoma de Barcelona); Robles Planas (Pompeu Fabra); Rodríguez Montañés (Alcalá de Henares); Rueda Martín (Zaragoza); Sola Reche (La Laguna); Terradillos Basoco (Cádiz); Zúñiga Rodríguez (Salamanca).

de los Diputados. Así, y paradójicamente, en unos tiempos en los que la calidad de la doctrina penal española está en uno de sus mejores momentos históricos, el Gobierno da a luz una pésima legislación de la mano de ignotos asesores. Lo anterior es lo que, seguramente, explica el que se hayan introducido en el texto de la reforma preceptos que superan la Constitución, pero no solamente por sus propuestas de fondo sino también por el deliberado y constante uso de términos ambiguos en la redacción de las normas, lo que compromete seriamente exigencias básicas del principio de legalidad penal;

b) En la elaboración de las dichas reformas el Gobierno, además, ha prescindido de la tradición jurídica española, olvidando las esforzadas elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales que han permitido en los últimos decenios superar problemas –es el caso de los delitos de lesiones– que nos perseguían desde hace siglos. Pues bien, cuando buena parte de las dificultades ya estaban solucionadas con las últimas reformas penales y las aportaciones de la doctrina y Jurisprudencia, el Gobierno vuelve a arrojarnos en los brazos de la inseguridad y de la incertidumbre;

c) Las reformas propuestas, además, beben político criminalmente de las peores fuentes del siglo XX, de las corrientes más reaccionarias, más autoritarias, de aportaciones en suma que han sido por todos denostadas;

d) Algunas de las iniciativas legislativas llevadas al texto de la reforma, profundizan en una línea dirigida conscientemente a alejar a los ciudadanos del servicio público de la Justicia, “privatizando” no pocas infracciones actualmente consideradas faltas y en las que se ven involucrados anualmente decenas de miles de ciudadanos: es el caso de los accidentes de tráfico. Esa privatización va a provocar que el ciudadano cargue con el pago de tasas, costas y peritajes, lo que le llevará en no pocas ocasiones a renunciar a reclamaciones para mayor beneficio de las compañías de seguros;

e) Se produce un indeseado incremento de la gravedad de no pocas conductas, especialmente por la conversión de faltas en delitos, a lo que se suma el aumento de unas penas de prisión que ya son de por sí demasiado altas (pueden llegar hasta los cuarenta años) y a la previsión de una injustificable pena de cadena perpetua. Con todo ello el único efecto seguro va a ser el del aumento de una población penitenciaria ya suficientemente elevada, lo que por otra parte no se traducirá en una mayor seguridad ciudadana.

f) Pero, quizá, lo más grave de esta iniciativa legislativa –por si lo anteriormente expuesto no fuera ya suficiente– es el claro abandono que se produce del principio de culpabilidad y su sustitución por criterios de peligrosidad: la dignidad humana va a resultar pisoteada en aras de un defensismo a ultranza, y los ciudadanos van a verse entregados no a la seguridad de la norma sino a la indeterminación de los criterios personales con los que se va a “administrar” la peligrosidad.

2ª) El Gobierno ha decidido privatizar, también, la seguridad, prescindiendo del modelo de seguridad pública que ha permitido mantener a España como uno de los países menos violentos del mundo. Para ello ha reducido drásticamente las plantillas de Guardia Civil y Policía Nacional y entregado a las empresas privadas ámbitos enteros de la seguridad –comenzando por las prisiones–, y habilitando a estas entidades para que mediante las oportunas comisiones provinciales, autonómicas y nacional decidan en cada momento el modelo de seguridad y las iniciativas a tomar a ese respecto. Este nuevo paradigma resulta reforzado por modificaciones como las contenidas en el Proyecto de reforma del Código Penal, mediante las que se equiparan, a efectos penales, los vigilantes privados de seguridad a los funcionarios públicos.

3ª) Mediante el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana que en estos momentos se está tramitando en el Congreso, el Gobierno pretende restringir el derecho de reunión y manifestación. Para ello eleva a concepto de referencia no el de “orden público” entendido como normalidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana (que obviamente comprende las manifestaciones y reuniones y otro tipo de expresiones con las cuales se quiere poner de relevancia un cierto estado de opinión), sino el del mero “orden en las vías públicas” que en las opciones del Proyecto de Ley resulta siempre alterado por el ejercicio de derechos fundamentales. De ahí las fortísimas sanciones con las que se amenaza a los participantes en las manifestaciones y los exorbitantes poderes reconocidos a las fuerzas de seguridad (que podrán estar apoyadas, no se olvide, por miembros de las policías privadas). Se trata, en definitiva, de un intento de poner sordina a las protestas ciudadanas indignadas ante el constante recorte del Estado del Bienestar. Se trata de una ley claramente regresiva, con la que se pretende convertir en papel mojado buena parte de la declaración de derechos contenida en la Constitución.

4ª) El Gobierno burla continuamente los trámites legalmente establecidos para la tramitación de las leyes que afectan a derechos y libertades fundamentales. En efecto, y valga como ejemplo lo que está sucediendo con la reforma del Código Penal, tras

presentar un determinado texto a informe de la Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial, se termina llevando a las Cámaras Legislativas un nuevo Proyecto que incluye materias que no han sido objeto previamente de dictamen; e incluso, en el seno del trámite parlamentario se introducen -bajo la cobertura de enmiendas del Grupo Parlamentario que sostiene al Ejecutivo- nuevas regulaciones referidas a delitos que no habían sido sometidas tampoco a dictamen previo. Todo esto constituye un evidente fraude de ley del que ha advertido ya el Consejo de Estado y la misma Sala 3ª del Tribunal Supremo. De esta forma no sólo se conculca la legalidad vigente sino que al hacerlo se hurta a las leyes de los controles debidos: una forma, pues, de auténtica utilización arbitraria del poder, sólo que en el ámbito de la producción legislativa.

Entendemos que nos encontramos ante un verdadero estado de necesidad política provocado por la deslealtad democrática del actual Gobierno, quien mediante las denunciadas iniciativas legislativas está elaborando una urdimbre jurídica extraordinariamente alejada de un sistema democrático atento a las libertades y derechos fundamentales, y mucho más próxima a un sistema autoritario que francamente creíamos ya olvidado.

Por todo lo anterior reclamamos a la mayoría parlamentaria que se constituya tras las próximas elecciones generales, que considere la necesidad de derogar, de raíz y sin excepciones, las leyes de seguridad privada, seguridad ciudadana y la nueva reforma penal; y que sólo posteriormente, y con el consenso más amplio posible y los mejores modos democráticos, pacten con los grupos parlamentarios las reformas penales, administrativas y procesales que verdaderamente resulten necesarias para el mejor gobierno de la nación y la tutela de todos los ciudadanos.

* * * * *

“Pacto antiterrorista”: por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco¹

~Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá~

Catedrático de Derecho Penal. Univ. Autónoma de Madrid (España). Patrono de la FICP.

El llamado “pacto antiyahadista” de PP y PSOE resulta completamente ineficaz para combatir el terrorismo de Daesh (“IS”), convierte en delitos terroristas infracciones menores o conductas lícitas y supone un ataque a la línea de flotación del sistema constitucional.

El Derecho penal antiterrorista en vigor en España es la regulación más amplia y severa de Europa occidental. No hay ni un solo eslabón de la cadena de actos que conducen a un atentado terrorista que no sea ya a día de hoy un delito amenazado con graves penas: ¿concertarse con otros –antes de toda preparación concreta– para cometer un acto terrorista, o llamar a otros para que lo cometan? Conducta penada como conspiración, proposición o provocación para realizar actos terroristas (art. 579.1 I CP). ¿Publicar en una página web un texto que valore positivamente las actividades de grupos terroristas? Un delito de difusión de “consignas o mensajes” que puedan alentar a otros a cometer delitos terroristas (art. 579.1 II CP). ¿Trasladarse al territorio dominado por un grupo terrorista y recibir formación militar? Un delito de colaboración con organización terrorista, previsto en nuestra Ley penal desde hace décadas (art. 576 CP). ¿Recaudar fondos para una organización o grupo terrorista? Una infracción prevista incluso por partida triple en la regulación vigente como modalidad de colaboración (arts. 575, 576 y 576 bis CP). ¿Realizar algún delito (por ejemplo: de daños, quemando un cajero automático), por parte de un autor que no tiene relación alguna con nadie, pero con la voluntad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública? Un delito de terrorismo individual, penado desde hace veinte años y aplicado centenares de veces contra la llamada *kale borroka* (art. 577 CP). Lo que hasta

¹ Manifiesto publicado en eldiario.es con fecha de 11 de febrero de 2015 y suscrito por más de 120 académicos y magistrados, entre ellos numerosos patronos y socios de la FICP, como los Profs. Dres. Álvarez García (Universidad Carlos III de Madrid), Carbonell Mateu (Universitat de València), Díaz y García Conlledo (Universidad de León), Dopico Gómez-Aller (Universidad Carlos III de Madrid), García Arán (Universitat Autònoma de Barcelona), Queralt Jiménez (Universitat de Barcelona), Martínez-Buján (Universidade de A Coruña), Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), Paredes Castañón (Universidad de Oviedo), Portilla Contreras (Universidad de Jaén), etc. Puede consultarse la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo en la sección II (Legislación y Proyectos de Ley) de esta revista.

ahora no está penado, desde luego, es leer en soledad determinados textos con malas intenciones, o pensar determinadas cosas perniciosas en el fuero interno, o poseer determinados libros de contenido malo – hechos que ahora sí se quieren criminalizar. No están penados hoy, ni aquí ni en ningún país occidental, porque no debe ser criminalizado el mero pensamiento en un Estado que no sea una dictadura totalitaria, y, además de no poder ser, es imposible: no se puede demostrar qué intención tiene quien aún no ha hecho nada.

Por lo tanto, no hay ninguna necesidad de “adaptar” la regulación española a un “nuevo terrorismo”, el de Daesh u otros grupos similares. La lectura de cualquier diario muestra que todos los días se detiene a personas que viajan a Siria o se ponen en contacto con organizaciones terroristas o recaudan dinero con tal fin, por ejemplo. Esa supuesta necesidad de adaptar la legislación española, repetida machaconamente por autoproclamados “expertos” en “antiterrorismo” de pretendidos *think tanks* y difundida por todas las baterías mediáticas del nuevo bloque bipartito que sustenta al llamado “pacto de Estado” se proclama desconociendo por completo la Ley vigente, la realidad de la persecución policial de los terroristas y el sentido común (aparte de que, según parece, se vive muy bien como palmero paniaguado del negocio del miedo).

El punto al que hemos llegado con el acuerdo entre PP y PSOE es el fondo del barranco al que ha conducido un prolongado paseo por la pendiente deslizante del cambio legislativo persiguiendo fines ajenos a la regulación jurídica, iniciado por el gobierno de Aznar López en 2000 con la Ley Orgánica 7/2000, que nos trajo los terroristas menores de edad y el delito de exaltación de autores terroristas (que ha permitido a la Audiencia Nacional abordar la importante tarea de analizar en sus sentencias los textos de Soziedad Alkoholika y similares, por si exaltan el terrorismo). Siguió –en el marco del llamado “Acuerdo por las libertades y contra el terrorismo” suscrito por el PSOE de Rodríguez Zapatero con Aznar, escenificado por López Aguilar y Michavila– llevando al establecimiento, en 2003, de penas de absurda duración, de modo que España –la España cuya sacrosanta Constitución proclama expresa y terminantemente que la pena privativa de libertad estará orientada a la reinserción del delincuente– pudo adelantar por la derecha, con penas de hasta cuarenta años, a los países que aún conservan la llamada “cadena perpetua” en nuestro entorno, que en realidad es de mucho menor duración. El desvarío pasó luego por la rueda de molino que quiso administrarnos el Gobierno del PP después de los atentados del 11-M –

obligándonos a comprobar en CNN lo que había sucedido en Atocha– de atribuir a ETA algo que estaba evidentemente en la cuenta de otro tipo de terrorismo, incluso –así hizo Rajoy en el Parlamento– arrojando los cadáveres al debe de Rodríguez Zapatero (recordemos: atentados cometidos por un grupo de sujetos cuyas conversaciones habían sido grabadas, y que no se pudieron escuchar por los funcionarios de policía encargados de ello por falta de presupuesto para traducciones – aunque hay que comprender que la corrupción requería abundantes fondos públicos, que, por cierto, bien podrían haberse destinado a combatirla en vez de a cultivarla, y también los requirieron empresas innecesarias, especialmente en el terreno de la obra pública..., que, dicho sea de paso, a menudo enlazaba también con la corrupción). Y había llegado a su clímax en 2010, cuando el Gobierno de Rodríguez Zapatero, mintiendo descaradamente, decía limitarse a transponer una decisión marco de la UE, la de 2008, que absolutamente nada tenía que ver con lo que la reforma contenía, incorporando nociones tan claras como el “adoctrinamiento” o la “financiación imprudente” de organizaciones terroristas.

Aparte del ridículo malabarismo específico del PSOE de “rechazar firmemente” la cadena perpetua para correr a votarla en el Congreso a continuación, ¿qué sentido tiene, entonces, la nueva regulación que incorpora el pacto del bipartito de la derecha? ¿Se trata, sencillamente, de que los dirigentes responsables de ambos partidos quieren escenificar una piececilla de teatro de consumo electoral, unos, mano dura, para rebañar hasta el último voto de extrema derecha, los otros, capacidad de volver a gobernar, de partido imprescindible y serio, cuando la ciudadanía les da la espalda? Ojalá fuera sólo esta torpeza o vileza lo que está detrás.

La regulación que se quiere aprobar hace mucho más: en primer lugar, extiende el concepto de terrorismo a conductas que en ningún país libre tienen tal consideración. Ejemplos: si un ciudadano participa en una protesta como la que ha habido en el barrio de Gamonal, en Burgos, sin usar de la violencia, pero ocupando un espacio público y resistiéndose –de modo meramente pasivo, negándose a seguir la orden de la policía– a abandonar ese lugar, estará cometiendo un delito de desórdenes públicos, de acuerdo con la reforma que está tramitando la mayoría absoluta del PP. Por lo tanto, está en el ámbito de definición de los delitos que pueden ser terroristas de acuerdo con la reforma marca Hernando & Hernando. Y como se trata de “obligar a los poderes públicos” a hacer algo o dejar de hacerlo, entra en el alcance del concepto de terrorismo conforme a la nueva redacción del pacto PP-PSOE. Si un activista animalista comete un delito de

daños al liberar unos animales criados en horribles condiciones en una granja productora de pieles, o al toro de Tordesillas o al ganso o la cabra de algún otro lugar destinados a ser despeñados, lo hace con idéntico fin. Por lo tanto, realiza un acto terrorista de acuerdo con la nueva tipificación. Si un sujeto se introduce en los sistemas informáticos del FMI y los bloquea con la intención de desestabilizar el funcionamiento de esa benéfica organización, igualmente realiza un delito terrorista conforme a la reforma propuesta. Todos terroristas.

En segundo lugar, la reforma pretende criminalizar el crimen de pensamiento, el *thought crime* que Orwell tan lúcidamente previó. Conforme al “pacto de Estado”, es delito terrorista leer determinadas páginas con la intención de incorporarse a una organización terrorista, o poseer documentos que “sean idóneos” para reforzar la decisión de otros para cometer delitos terroristas. Y cuál era la intención al leer ya se determinará, mediante una prueba de indicios, en el juicio correspondiente. Pero de momento, la policía, dirigida por un sujeto que condecora vírgenes, podrá detener preventivamente durante plazos excepcionales, intervenir telecomunicaciones, proclamar a los cuatro vientos que ha detenido XY “presuntos” terroristas.

Así se abrirían botellas de champán (si no fuera por la prohibición del alcohol, y por la campaña contra el cava separatista) en los cuarteles generales de Daesh u otros grupos terroristas: como es evidente, las conspiraciones para cometer atentados se abortarán antes de que haya tiempo para investigarlas a fondo, los sujetos condenados por leer páginas web o tener libros malos podrán optar en prisión por entrar definitivamente en los grupos que matan. Agua sobre el molino del terrorismo.

Como escribió el profesor chileno Juan Bustos Ramírez, lo peor de las leyes antiterroristas es pensar que sólo se aplicarán a los terroristas. Aquí, de manera evidente, se trata de inventar terroristas donde no los hay. ¿No conocen los dirigentes del PSOE estas consecuencias de lo que aprueban? ¿O les son indiferentes, embriagados por el aroma del plato de lentejas de un puñado de votos desinformados o autoritarios que pretenden obtener? ¿Dónde queda la Constitución que todos ellos llevan continuamente en la boca?

¿Estamos, una vez más, como en Berlín en 1919, a la hora de la verdad, ante el adagio “*Wer hat uns verraten? – Sozialdemokraten!*”?

* * * * *

¿Responsabilidad penal de menores de 14 años? No hacer de la excepción regla¹

~Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez~

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

La devastación más personal asoló ayer 20 de abril de 2015 el IES Joan Fuster de Barcelona. Allí, un alumno de 13 años mató de machetazos a un profesor, hirió levemente a otra docente y a un par de condiscípulos. Devastación por la pérdida de una vida inocente y dedicada a los demás, por el inconmensurable dolor de su familia, amigos y compañeros, así como el de la familia del homicida. Y por las secuelas en el menor.

De nuevo ha saltado a la palestra la impunidad de los niños cuando cometen delitos de la máxima gravedad. El sistema vigente establece las edades de impunidad, responsabilidad atenuada y responsabilidad penal plena de modo cronológico: la primera, hasta los 14 años; la segunda entre 14 y 18 años; y con los 18, la mayoría de edad a todos los efectos. Ya hay quien clama por aplicar el modelo anglosajón: la vía sancionadora o terapéutica se determina, al margen de la edad, en función del discernimiento del autor (o de la percepción de la maldad del niño), sin especial base científica. La solución española es mejor: los niños infractores son una minoría y sus quebrantos legales de escasa entidad. Pasemos de demagogia.

La razón de la impunidad estriba en que, por debajo de los 14 años, el niño está aún por formar, intelectual y emocionalmente. Corresponde la adopción de medidas teraéuticas, educativas y correctivas sin el carácter aflictivo del castigo. Al carecer de este, las medidas sociopedagógicas no están asociadas a un mínimo de tiempo, sino al cambio de la conducta del infante infractor. En materia de menores el bien supremo es su bienestar.

Estas medidas correrán a cargo de la Administración (en Catalunya, la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència), en combinación o no con la familia y/o de su centro escolar. Lo controla el juez competente, bajo la supervisión del ministerio fiscal, que es el defensor legal del menor. Así, no es forzoso entregar el menor a otra familia, infresarlo en un centro o privar a sus progenitores de la patria potestad.

¹ Artículo publicado en El Periódico con fecha de 21 de abril de 2015 bajo el título “No hacer de la excepción regla”.

El que el menor sea irresponsable penalmente no quita para que, como cualquier otra persona, pueda ser detenido. Lo que motiva la detención es el delito; la edad o estado mental no la excluyen. Debe serlo, con todo, con unas mínimas condiciones legales, de puro sentido común: comunicar a su familia y al fiscal de menores su detención y mantenerlo bajo custodia separado de otros presos, en un habitáculo adecuado a su edad (no a su delito).

Finalmente, se presenta el tema de las armas en manos de menores. Aquí se trata de armas peligrosas no de fuego y, en principio, no prohibidas. Deberían simplemente estar registradas tanto la ballesta como el machete (salvo que fuera de destino oficial, lo que estaría prohibido), si su hoja mide más de 11 cm. Pero una cosa es lo que dice el reglamento de armas y otra la realidad. Presentando un DNI en la armería se adquieren dichos instrumentos; y nada más. Internet es fuente inagotable de aprovisionamientos ilícitos, de esos y de otros muchos más letales. Sin abandonar el control de armas, se muestra mucho más decisiva la correcta formación en la tenencia, manejo y conservación de las mismas.

Esperemos, en fin, no tener que vivir otra tragedia como ésta.

* * * * *

Caso «Obstrucción al Parlament de Catalunya». Delito contra las instituciones del Estado del artículo 498 CP¹

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

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

Resumen del fallo

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 161/2015, de 17 de marzo, estima parcialmente el recurso interpuesto por el MF y las acusaciones particulares del Parlament de Catalunya y la Generalitat de Catalunya, revocando la sentencia absolutoria de algunos de los acusados y condenándolos por un delito contra las instituciones del Estado del art. 498 CP a las penas mínimas de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Disposiciones aplicadas

Arts. 21 y 23 CE. Art. 498 CP.

Antecedentes de hecho

En el caso concreto enjuiciado, nos remitimos al *factum* de la sentencia de instancia, en los términos que son delimitados en los fundamentos jurídicos 5.º y 6.º de la sentencia comentada que, por su extensión, no reproducimos. En síntesis, se relata como los acusados posteriormente condenados, junto con otras personas, el día 15 junio 2011 impidieron por la fuerza y con violencia el acceso al Parlament de Catalunya a sus parlamentarios, en el contexto de una manifestación convocada para protestar por la reducción del gasto social en los presupuestos de la Comunidad que se aprobaban en esa fecha.

Doctrina del Tribunal Supremo

La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia, en síntesis, se resume en su extenso FJ 5.º, al cual nos remitimos y que, en definitiva, viene a señalar que la sentencia de instancia pondera erróneamente los derechos en conflicto, derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE frente al derecho a la participación política de los ciudadanos a través de sus representantes del art. 23 CE, dando preferencia al primero e

¹ Artículo publicado en el Diario La Ley, 8533, 6 de mayo de 2015, bajo el mismo título.

integrando la eximente del art. 20.7 CP cuando debe prevalecer el derecho de participación política cuyo titular son todos los ciudadanos. Así, se dice:

... A nuestro juicio la sentencia de instancia incurre en un patente error a la hora de solucionar el conflicto surgido por la convergencia de bienes jurídicos constitucionalmente protegibles. Este error está originado por un llamativo desenfoque acerca del rango axiológico de los valores constitucionales en juego. A él contribuye, sin duda, la cita de precedentes constitucionales descontextualizados que, como efecto inevitable, separa al analista de las **técnicas de balanceo** exigidas por nuestro sistema constitucional. Y es que la colisión entre principios y valores constitucionales —en el presente caso, la libertad de expresión y el derecho de reunión colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo—, no puede ser contemplada como una patológica colisión, sino como una realidad necesitada de un juicio ponderativo que defina el alcance de los derechos en conflicto. Delimitar derechos, precisar su alcance, exige resolver las tensiones derivadas de su respectiva convergencia mediante una dosificación que, en la medida de lo posible, no imponga el sacrificio gratuito de unos frente a otros. La sentencia de instancia, sin embargo, altera las claves constitucionales que ha de presidir la tarea jurisdiccional de ponderación. Y lo hace recurriendo a una errónea y traumática desjerarquización de uno de los derechos convergentes —el derecho constitucional de participación política a través de los legítimos representantes en el órgano legislativo— que, pese al esfuerzo argumental empeñado, se aparta de las claves definitorias de nuestro sistema (...).

Reprocha también la Sala 2.^a a la Audiencia Nacional que haya utilizado precedentes jurisprudenciales que resultan aplicables a la colisión del derecho a la libertad de expresión o de reunión y manifestación con otros derechos, como el honor, y no con el derecho a la participación política. Por último, el voto particular del magistrado Andrés IBÁÑEZ discrepa de la condena y se alinea con la tesis de la sentencia de la instancia porque en relación con los hechos más graves y criminales no se identificó a los autores y los más leves con autores conocidos no integran el elemento objetivo del tipo penal del art. 498 CP, finalizando con una crítica al fiscal, representado muy dignamente por mi compañero Salvador VIADA, que denunció en su informe de la vista oral el componente ideológico de la sentencia, planteándose el magistrado discrepante si ese componente también es extensible al propio fiscal, no sin reconocer que dadas las connotaciones políticas tan intensas del caso, «difícilmente podría darse una aproximación de derecho que no comporte o traduzca una previa toma de posición del intérprete en ese otro plano».

Comentario final

La sentencia comentada, tras superar los conocidos inconvenientes que hoy en día tiene la revocación de una sentencia absolutoria, al ceñirse exclusivamente al *error iuris*, condena a algunos de los acusados absueltos por haber participado directamente mediante unos hechos que figuran en el *factum* y que fueron considerados en la

instancia con falta de aptitud para integrar el delito del art. 498 CP, como también considera el voto discrepante.

Pero lo importante en este caso es el análisis del componente ideológico en las interpretaciones jurídicas y la concreción de los derechos constitucionales en juego, al margen de las innegables dificultades probatorias para la identificación de los autores de los hechos más graves, que incluso fueron televisados y que supusieron una violencia y coacción incuestionable contra los parlamentarios catalanes que pretendían acceder a su sede, teniendo algunos de ellos que hacerlo por el inusual transporte aéreo de un helicóptero.

En cuanto al componente ideológico del derecho, no debería hacer falta recordar que toda interpretación jurídica lo tiene porque el derecho comparte con otras formaciones intelectuales el carácter de superestructura en las sociedades y se modula en función al modo de producción o, para entendernos, a la estructura económica en la que se inserta². Sobre el concepto de ideología y su ambigüedad, no está de más remitirnos a lo expresado por PUENTE OJEDA³, el cual recuerda textos clásicos de Marx (Tesis sobre Feuerbach, 1845) y Marx-Engels (La ideología alemana, 1845) para centrar la cuestión. También, véanse las referencias que hice a esta cuestión en mi estudio «Algunos textos poéticos clásicos para una reflexión crítica del Derecho Penal contemporáneo (Poesía satírico-burlesca del Siglo de Oro y delincuencia económica del Siglo XX)»⁴.

Cualquier jurista con mínimos conocimientos históricos del Derecho español sabe que nuestro actual edificio jurídico (v.gr. Código Civil, Leyes de Enjuiciamiento, Código Mercantil, Código Penal, etcétera), sin remontarse a épocas más lejanas, lo que ahora supondría un ejercicio de erudición innecesario, se fundamenta en el período de la codificación, que corresponde a la llamada Restauración Canovista (1874-1931). Este período expresa la ideología liberal, más bien conservadora que progresista, en cuanto

² Cfr. STUCKA, La función revolucionaria del Derecho y del Estado, trad. J. R. Capella, ediciones Península, 1969.

³ PUENTE OJEDA, G., Ideología e Historia en la formación del Cristianismo como fenómeno ideológico, editorial Siglo XXI, 1974.

⁴ DOLZ LAGO, M.-J., Algunos textos poéticos clásicos para una reflexión crítica del Derecho Penal contemporáneo (Poesía satírico-burlesca del Siglo de Oro y delincuencia económica del Siglo XX), Diario LA LEY, 3626, 11 octubre 1994.

proclama derechos pero no transforma situaciones económicas y sociales que los hagan posibles⁵.

Actualmente, el problema no es tanto si existe componente ideológico en el derecho, que existe, sino si este se aleja de la ideología constitucional de nuestra Carta Magna de 1978, lo que con cierta pedantería se llama «el canon constitucional», que como se refleja en el debate de este caso, tiene un aspecto formal y otro material, inclinándose la sentencia de la instancia más por los aspectos materiales constitucionales —efectividad de derechos v. art. 9 CE— que por los formales, a los que parece atender la Sala 2.^a TS, en su loa del orden democrático mediante la defensa numantina del derecho a la participación política de los ciudadanos a través de sus representantes políticos. Tanto el ponente de esta sentencia, jurista ideólogo emergente del poder establecido encumbrado a sus más altos cargos institucionales, como el magistrado del voto particular, histórico jurista ideólogo del contrapoder anticapitalista⁶, con los que comparto parcialmente teorías y discrepo también parcialmente en soluciones prácticas, ambos respetables defensores de los derechos constitucionales desde sus respectivas concepciones ideológicas, son exponentes claros del carácter ideológico del derecho. ¿Acaso cabe olvidar el papel ideológico del TS durante la dictadura franquista?⁷

Dicho lo anterior, lo bien cierto es que nadie en su sano juicio puede justificar los hechos realizados en este caso desde una perspectiva democrática, que merecen una sanción penal, sobre todo para aquellos que cometieron los hechos más graves y no fueron identificados.

Pero también es cierto que el dilema que plantea la Sala 2.^a entre el derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE y el derecho de participación política del art. 23 CE, dando preferencia al segundo frente al primero, olvida que el primero está también integrado en el segundo porque la reunión y manifestación son una forma de participación política «directa» de los ciudadanos como tiene acogida en el propio art. 23 CE, que no circunscribe ésta sólo a través de los representantes políticos y que «el

⁵ Véase la bibliografía que cito en mi libro Dolz Lago, M.-J., *La Fiscalía desde sus élites (1883-2011)*, edición electrónica, 2012.

⁶ Véase su coordinación del libro *Política y Justicia en el Estado Capitalista*, editorial Fontanella, Barcelona, 1978, entre otros

⁷ Véanse las obras de PÉREZ RUIZ, C., *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, editorial Tecnos, 1987 o de CANO BUESO, J., *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*, Ministerio de Justicia, 1985, entre otros muchos estudios.

desenfoque acerca del rango axiológico de los valores constitucionales en juego», que reprocha la Sala 2.^a a la AN, también podría aplicársele a la misma Sala 2.^a cuando no se percata que la participación política «directa» tiene como uno de sus cauces de expresión el derecho de reunión y manifestación. Una vieja jurisprudencia constitucional, al parecer desconocida por la Sala 2.^a TS⁸, proclama que el derecho de reunión (extrapolable al derecho de manifestación) es «un cauce del principio democrático participativo». Sobre todo, en las democracias constitucionales burguesas donde los derechos sociales «entraron con calzador» (Constitución de Weimar de 1919) para perpetuar el sistema económico de explotación y nunca llegaron a ser bien valorados por los juristas orgánicos del sistema capitalista, como al parecer sigue ocurriendo en la actualidad.

En este caso, con todos los respetos, pensamos que el conflicto no estaba entre los derechos constitucionales en juego, que vienen a ser el mismo —derecho a la participación política—, sino en su forma de ejercicio mediante la fuerza y la violencia, que no es admisible en derecho, y eso es lo que castiga el CP, el cual en un Estado social y democrático de Derecho está para proteger el libre y pacífico ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, como recuerda nuestra mejor doctrina penalista⁹.

* * * * *

⁸ Cfr. STC. Sala Segunda 66/1995, de 8 mayo

⁹ Cfr. MIR PUIG, entre otros muchos.

La imputación penal*

~Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez~

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

Qué es la imputación, cuándo un sujeto está imputado, qué consecuencias tiene es algo que no está claro ni para legos ni para juristas. La ley no menciona la expresión y en cada caso ha de extraerse su sentido, requisitos o efectos.

Pese al garantismo liberal y quizás porque, según la ley, la instrucción, en principio ni siquiera tras la reforma de 2009, no debía de durar más de un mes, el legislador decimonónico no prestó excesiva atención a esta figura. Por otra parte, el legislador, que ha zurcido hasta la extenuación la venerable ley, no ha sido especialmente cuidadoso en su redactado.

Aunque el término imputado recorre toda la ley de enjuiciamiento criminal, incluso en fases posteriores a la condena en primera instancia, podemos convenir que la imputación es aquella formulación del juez (no de la policía ni del Fiscal, dejando aparte la peculiar jurisdicción de menores) en cuya virtud aquel fija los hechos que atribuye indiciaria e inicialmente a una persona o personas.

A partir de ese momento, este sujeto se conviene en parte del proceso, lo que le permite ejercer incondicionalmente una serie de derechos: singularmente el de conocer la acusación en su contra, designar letrado (o que se le designe de oficio), entrevistarse libremente con éste, proponer pruebas, oponerse a las que las otras partes proponga (incluidas las del Ministerio fiscal), a no ser obligado a declarar y a no declararse culpable. Otros derechos instrumentales como declarar cuantas veces desee o estar asistido de intérprete son derechos funcionales que se derivan de los anteriores.

Así las cosas, el imputado, al recibir la imputación judicial sabe de qué puede defenderse sin limitación, pues tiene igualdad de armas respecto de las acusaciones. La imputación requiere, en fin, que sea clara (no necesariamente breve) con indicación bastante de los hechos sobre los que va a iniciarse el procedimiento, hechos que podrán ampliarse, disminuirse o, incluso desaparecer, propiciando el archivo de la causa.

La imputación judicial nace de dos fuentes alternativas. Una, la más común estadísticamente, es la denuncia: una persona formula ante un funcionario encargado de su tramitación (policía, fiscal o, incluso, el mismo juez) una relación de hechos que

* Artículo publicado en eldiario.es con fecha de 18 de febrero de 2015 bajo el mismo título.

considera delictiva. La denuncia es en cultismo forense una *notitia criminis*. Si quien la recibe observa que tiene entidad, después de investigarla o no según los casos con más o menos profundidad, la pasará al juez; si este considera que hay materia bastante abrirá un procedimiento y formulará la imputación inicial contra el sujeto o sujetos. Recuérdese que, por brillante imperativo legal, el atestado policial tiene el mero carácter de denuncia. Cosa diversa es su solidez material que dependerá del caso y de la perspicacia de los agentes a la hora de confeccionar sus diligencias.

La otra vía por la que llega un caso al juzgado es la querella. La querella es un acto formal técnico-jurídico y viene o del ministerio Fiscal o de un particular. En ambos casos, quien se querella quiere ser parte en el proceso –el denunciante, no-. Para ello, amén de otros requisitos legales aquí irrelevantes, ha de formular una narración de los hechos, aportar una base mínima en la que afianzarla y una calificación inicial de aquellos.

Así, en un supuesto de estafa, la presunta víctima hará que su abogado redacte un escrito –la querella- en la que relatará ordenadamente un haz inteligible de hechos, aportará documentación y/o propondrá testigos con los que ratificar sus asertos y calificará los hechos como estime oportuno, aquí, como la modalidad de estafa que considera aplicable. El juez examinará esa querella (si es del fiscal, el examen es somero, centrado en esencia en la cuestión de competencia) y, si considera que es verosímil (esta es la palabra clave), la admite a trámite, abre la causa y cita al querellado, con copia de la querella, como imputado, con ese u otro nombre.

Este status de imputado dura hasta que se formula escrito de acusación; en el procedimiento ordinario, se pasa a ser procesado, y en el abreviado, acusado. Sin embargo, ambos términos son intercambiables, dado, además, que el procedimiento abreviado es el más frecuente. Aquí, la acusación contra el sujeto se ha formalizado y se abre juicio oral contra él, es decir, habrá de sentarse en el, en la ley inexistente, banquillo de los acusados. En la sala de vistas el sujeto recibirá indistintamente el apelativo de procesado o acusado.

Conviene, antes de finalizar, efectuar dos precisiones. La primera, si el que haya de ser imputado es un parlamentario, ha de requerirse a la cámara legislativa correspondiente autorización para proceder contra él, el *supplicatorio*, un *trasnochado* privilegio. Si el *supplicatorio* no se concediera, algo infrecuente, no se podría proceder contra dicho parlamentario y no llegaría a nacer su condición de imputado. Por lo

menos, hasta que cesara en su cargo electo.

En el caso de los ERE andaluces, este suplicatorio no ha sido aun solicitado por el TS contra los cinco parlamentarios aforados. Aunque sí se ha puesto en marcha la previsión informativa del art. 118 bis LECr, esto es, el juez instructor de la Sala Segunda del TS les ha notificado las actuaciones y los ha citado para interrogarlos como imputados, es decir, arrojados de todos sus derechos. Algo discutible, pues, el art. 118 bis LECr solo prevé el derecho a ser informado de la existencia de una querrela en contra de un parlamentario, despejando dudas anteriores, el trámite general de comunicación de las querellas que prevé el art. 118 de la misma norma, pero no establece ninguna otra diligencia.

La segunda precisión, y común a todos los supuestos, ¿la imputación es de hechos o de delitos? No es una distinción retórica. Con un ejemplo se verá con claridad. El hecho es la sustracción de un bolso a una viandante en plena calle; el delito, su calificación, es de hurto. O el apoderamiento de cantidades de una empresa por parte de un empleado (hecho) puede ser calificado de delito de apropiación indebida, administración fraudulenta, hurto con abuso de confianza, ...

De acuerdo con la atinada jurisprudencia emanada del TC, la imputación, en cualquiera de sus fases, es de hechos, no de delitos. Las calificaciones, salvo en la fase final del juicio oral, pues determinan las penas, no son el objeto del proceso. El objeto del proceso es la comisión o no del hecho o hechos que se atribuyen a los sujetos. Solo cuándo el hecho está ya fijado –probado– se califica por las partes y esto tiene lugar al final del juicio oral, a la hora de presentar las calificaciones definitivas que puede ser o no la ratificación de las provisionales, es decir, aquellas con las que se ha abierto el juicio oral.

En resumen, podríamos concluir que la imputación, en sentido propio, es la atribución por parte del juez a un sujeto de un hecho o hechos, que ha de describir someramente, otorgando la ley desde ese momento al imputado plenos derechos de defensa en el proceso del que va a ser objeto.

* * * * *

2. Estudios

Apuntes sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal sustantivo y procesal cubano

~Prof. Dr. Carlos Alberto Mejías Rodríguez~

Prof. Titular de Derecho penal. Univ. de La Habana.
Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

Sumario.- I. Exordio. II. Breves antecedentes sobre el tracto legislativo de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Cuba y contenido del artículo 16.2 del Código Penal. III. Enfoque legislativo actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1. Los delitos susceptibles de comisión por las personas jurídicas. 2. La esfera de acción de las personas jurídicas. 3. La representación y el acuerdo de los asociados. 4. La responsabilidad individual y la responsabilidad de la persona jurídica. IV. Las personas jurídicas en el modelo de imputación establecido por la ley. V. Las sanciones a las personas jurídicas. 1. El catálogo de penas y las reglas para determinar la pena aplicable. VI. El ámbito procesal de la responsabilidad penal de la persona jurídica. 1. Previsiones sobre la celebración de la vista del juicio oral. VII. A modo de conclusión.

I. EXORDIO

La incorporación de la persona jurídica como sujeto responsable en el Derecho penal, tal y como aparece en los Códigos penales modernos; es el resultado de los numerosos instrumentos jurídicos internacionales que demandan respuestas penales para estas personas, especialmente en el ámbito empresarial. En los últimos años, numerosos Estados se han sumado a la derogación del ya casi desfasado principio de “*societas delinquere non potest*”¹.

Hoy, la polémica acerca de si existe la posibilidad de que las personas jurídicas sean responsables penalmente o no -y a la luz de las circunstancias actuales de criminalidad organizada-, no se puede resolver tomando como base la contraposición entre la teoría de la ficción y la teoría de la realidad, en tanto resulta un imperativo admitir que la persona jurídica es un ente real, activo en el quehacer económico y social de la comunidad y que por sus características particulares, ostenta una realidad propia y distinta a la de las personas físicas.²

ZÚÑIGA ha sostenido que:

¹ DÍAZ GÓMEZ, Andrés, El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-08, 2011, pp.1-28. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/> [consultado el 14 de abril de 2014]

² SUAREZ WONG, Rosario, Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: ¿sanción penal o medida administrativa?, Revista Urbe et Ius, Revista de Análisis Jurídico, Newsletter No 6, 2003. Disponible en: www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/respopjuridicas.doc [consultado el 10 de Julio 2013].

... un estudio pormenorizado de la actuación en el seno de organizaciones complejas, como las de tipo empresarial, demuestra que, debido a la complejidad del modo de producción industrial y comercialización de los productos, la división del trabajo existente dentro de las organizaciones, la distribución de funciones (de tipo horizontal o vertical), la delegación de las mismas, la existencia del deber de obediencia, el principio de confianza que rige los eslabones de funcionamiento de la cadena organizacional y los comportamientos que pueden dar lugar a lesiones de bienes jurídicos; son conductas de carácter complejo, donde se produce una fragmentarización de la decisión y de la ejecución de las actividades, llevando ello necesariamente, a que estos comportamientos no puedan subsumirse en los modelos de imputación penal existentes, diseñados a partir de un injusto y una culpabilidad construidos bajo los paradigmas de una persona física dotada de voluntad³.

La responsabilidad penal de la persona jurídica, alcanza matices interesantes en estos tiempos, y hasta se ha constituido en una propuesta para evitar fenómenos como el de la “prisionización”⁴. Entre estos se destaca la perspectiva humanística de NIETO, quien incluso ha justificado la responsabilidad penal colectiva en tanto “... no sólo hace más eficaz la individual, sino que permite un Derecho penal material más sencillo, menos costoso y lesivo para los ciudadanos, evitando el proceso de sobreexplotación del derecho penal individual en el que estamos inmersos”⁵.

La historia legislativa cubana, en materia penal, señala la presencia anticipada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuba se constituye como una pionera en el contexto latinoamericano en el abordaje del tema, aun y cuando sus proyecciones han estado alejadas de una praxis que avale la objetividad y necesidad de su configuración.

El estudio de esta institución adolece por tanto de realidades fenoménicas de orden social, de ahí que tengamos conciencia de su importancia y de que si no se evalúa la responsabilidad penal de los entes colectivos, tomando en cuenta las necesidades y urgencias político-criminales actuales, carecería finalmente, de objeto y por ende, de sentido el debate que en ocasiones se escucha de privilegiar el viejo apotegma “*societas delinquere non potest*”.

Este artículo se inscribe por tanto, en un intento –limitado– de apuntar hacia la normativa vigente, tras las modificaciones originadas en el año 1997 y darle así explicación crítica a alguna las situaciones que aparecen con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en digesto penal cubano.

³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Bases para un modelo de imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas, Pamplona, Aranzadi, 2000, pp. 188-189.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La cuestión criminal, 2ª ed., Buenos Aires, Planeta, 2012, p. 45.

⁵ NIETO MARTÍN, Adán, La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas: Esquema de un modelo de Responsabilidad Penal, resumen de la obra La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, Iustel, 2008. p.5.

II. BREVES ANTECEDENTES SOBRE EL TRACTO LEGISLATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN CUBA.

El antecedente legislativo más remoto que incluyó la exigibilidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas en Cuba, fue el primer proyecto de Código penal presentado en 1908⁶ por el maestro LANUZA, quien elaboró un precepto en el que introdujo la responsabilidad penal de las asociaciones⁷. Pudiera decirse entonces que desde inicios del siglo XX comienzan los estudios sobre este tema, que más tarde son enriquecidos e incorporados por otros proyectos que con escasísimas excepciones, abordaban y reconocieron esta polémica institución⁸.

Sin embargo los estudios más acabados corresponden al destacado penalista cubano José Agustín MARTÍNEZ, quien en 1928 recibiera el encargo de preparar una ponencia sobre el tema⁹, por el grupo cubano de la Asociación Internacional de Derecho Penal de París con destino al Congreso de esta Asociación que se celebraría en Bucarest en 1929¹⁰, y cuya antesala le sirvió para declararse partidario de la introducción de esta institución e inscribirla en el Código de Defensa Social que fuera aprobado en 1936 y puesto en vigor en 1938, quedando así consagrado el principio de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal cubano¹¹.

Sobre el contenido que evaluamos, el texto del Código de Defensa Social, fue una reproducción literal del artículo 38 del proyecto iniciado por Lanuza y siguió las ideas de la Escuela Francesa de la época e incluyó la doble incriminación tal y como dijo MARTÍNEZ: “... estableciendo en sus consecuencias, además de la responsabilidad

⁶ Este proyecto fue un primer intento de lograr la independencia legislativa de la materia penal en Cuba en tanto regía el Código Español de 1870 extensivo a Cuba y Puerto Rico por Real Decreto de 23 de Mayo de 1879. Así hasta la puesta en vigor del Código de Defensa Social en 1936, hubo otros intentos legislativos, todos conocidos por el nombre de sus autores: Enrique Lavedán en 1917, Fernando Ortiz en 1926, Moisés Vieites en 1928, Francisco Fernández Plá en 1930 y Diego Vicente Tejera en 1936. (N.A)

⁷ GOITE PIERRE, Mayda, El sistema de penas a las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico penal cubano en: la misma (coord.), Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España; Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp.307-323.

⁸ MARTÍNEZ, José Agustín, Código de Defensa Social vigente en la República de Cuba, La Habana, Editorial Jesús Montero, 1939, p. 14.

⁹ Como resultado de esa encomienda José Agustín MARTÍNEZ, publicó la obra La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, editada por la imprenta Excelsior en la Habana de 1928; y de igual forma, dictó varias conferencias en el Colegio de Abogados de La Habana, tal y como aparecen en la Revista Penal de La Habana, números 4 y 5 de 1939. Ídem.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ GOITE PIERRE, en: la misma (coord.), Las consecuencias, 2012, p. 309.

criminal de las personas jurídicas, una responsabilidad plus aplicada, que se deducirá sin perjuicio de la anterior, contra los autores materiales de los hechos punibles [...]”¹².

En el inciso b) del artículo 15, expuso la aplicabilidad del imperio de la ley penal a las personas jurídicas ya radicadas en Cuba o en el extranjero, cuando el delito en este último caso haya sido cometido en Cuba o cuándo habiéndose cometido en el extranjero produzca sus efectos en Cuba.

Mientras que el artículo 16, estableció la responsabilidad directa, al señalar que:

Las personas jurídicas podrán ser consideradas criminalmente responsables en los casos determinados en este Código o en las leyes especiales, por razón de las infracciones cometidas dentro de la propia esfera de acción de dichas personas jurídicas, cuando sean llevadas a cabo por su representación, o por acuerdo de sus asociados, sin perjuicio de la responsabilidad individual en que hubieran incurrido los autores de los hechos punibles.

De igual forma fueron recogidas en los artículos 42, 43, 44 y 45, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en cuanto a las personas jurídicas, en una conjugación selectiva con aquellas circunstancias declaradas para las personas naturales; e incluyó como agravante, la de dedicarse la persona jurídica, además de sus operaciones normales, a negocios moralmente reprobables. También la sistemática del legislador de 1936 estableció el catálogo de sanciones principales y accesorias de las que serían objeto y su posible responsabilidad civil y en la parte especial se delimitaron los tipos delictivos concretos, referidos a las sociedades¹³.

De esta forma la presencia en el digesto penal de las personas jurídicas como responsable de conductas antijurídicas, sin dejar constancia de aplicación, confirmado por los estudios que le han precedido; permaneció hasta el año 1979, en el que entró en vigor un nuevo Código penal a través de la Ley No 21, de diciembre de 1978. Esta nueva legislación excluyó como ha expresado GOITE

... la ya inoperante responsabilidad penal de las personas jurídicas, separándose así de la tradición mantenida en materia penal, lo que obedeció al cambio operado en Cuba, donde la orientación técnico jurídica estuvo encaminada hacia el principio de responsabilidad penal individual¹⁴.

Es veinte años después, que por el Decreto-Ley No 175 de 1997, modificativo en parte de la vigente Ley 62 de 1988 del Código penal, se vuelve a incluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, definiéndose las razones de política

¹² MARTÍNEZ, Código de Defensa Social, 1939, p.14

¹³ GOITE PIERRE, en: la misma (coord.), Las consecuencias, 2012, p. 311.

¹⁴ Idem.

criminal que la ampararon, especialmente a los efectos de contrarrestar la ocurrencia de nuevas formas delictivas devenido de los cambios socio económicos acaecidos.

III. ENFOQUE LEGISLATIVO ACTUAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Con una redacción que ha sido criticada por su incoherencia e imprecisión¹⁵, el Título II de la parte general del Código penal actual, aborda lo concerniente a las Personas Penalmente Responsables y a continuación en el capítulo I De la Edad, recoge los presupuestos de las personas jurídicas, quedando definida la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 16 cuando establece en el apartado primero que: “La responsabilidad penal es exigible a las personas naturales y a las personas jurídicas”.

El apartado tercero menciona el ámbito de aplicación:

Las personas jurídicas – menciona - son penalmente responsables por los delitos previstos en este Código o en leyes especiales, cometidos dentro de la propia esfera de acción de dichas personas jurídicas, cuando sean perpetrados por su representación o por acuerdo de sus asociados, sin perjuicios de la responsabilidad penal individual en que hayan incurrido los autores o cómplices en el hecho punible.

De esta forma el precepto contiene cuatro aspectos que deben ser sucintamente evaluados, para lograr identificar en lo posible, desde la teoría, el ideal seguido por el legislador decimonónico: a) los delitos susceptibles de comisión por las personas jurídicas; b) la esfera de acción de las personas jurídicas; c) la representación y el acuerdo de los asociados; d) la responsabilidad individual y la responsabilidad de las personas jurídicas.

1. Los delitos susceptibles de comisión por las personas jurídicas.

En la determinación de los delitos que pudieran ser perpetrados por las personas jurídicas la Ley 62 ha seguido el sistema de la previsión genérica o también llamado de “*numerus apertus*”, evidentemente con el propósito de evitar la exclusión de transgresiones criminales que pudieran ser cometidas por estos entes, aun y como ha citado CARBONELL más del 80% de los delitos económicos son cometidos a través de

¹⁵ Al respecto GOITE PIERRE ha expuesto que esta sistemática no le parece adecuada, pues si de lo que se trata es de dejar establecida la existencia de responsabilidad penal en dos sujetos diferentes: la persona física y la persona jurídica, ese primer capítulo debió estar íntegramente dedicado solo a esa formulación y en otro capítulo establecer los fundamentos propios de la edad para no mezclar conceptos de ambos sujetos. GOITE PIERRE, en: la misma (coord.), Las consecuencias, 2012, p. 318.

las empresas¹⁶. No obstante si bien la mayoría de las transgresiones penales se pudieran encontrar en el ámbito de la economía; la respuesta penal sobre persona jurídica puede recaer en delitos de otra naturaleza como aquellos que afectan el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la niñez y la juventud o el tráfico migratorio, entre otras conductas propias de una delincuencia no convencional, organizada y tecnificada¹⁷.

De otra parte como ha expuesto QUIRÓS, la utilización del sistema de previsión genérica “... requiere un examen minucioso y particularizado de cada delito (para evitar indebidas impunidades) a fin de decidir anticipadamente su presumible comisión por una persona jurídica”... y porque también: “... existirán infracciones punibles que, en la práctica, resultarán difíciles de perpetrarse por ellas.”¹⁸

Si comprendemos el carácter excepcional que ha tenido y tendrá la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en un entorno económico como el que rige en Cuba, caracterizado en lo fundamental por el predominio de la empresa estatal, no hay méritos para la diversidad, y por ello resultaría aconsejable enviar a la parte especial del Código penal las cláusulas, que especificaría tras una selección mínima, aquellas conductas más gravosas y típicas por las que responderían penalmente las personas jurídicas. De esta manera quedaría configurado un elenco cerrado de delitos no susceptible de ampliación en virtud del principio de legalidad penal y de prohibición de analogía *in malam partem*¹⁹.

2. La esfera de acción de las personas jurídicas

La responsabilidad penal les será exigible a las personas jurídicas desde el momento en que quedan constituidas²⁰ hasta el momento en que resultan disueltas²¹, de

¹⁶ HURTADO POZO, J. Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano, en: Hurtado Pozo, J./Del Rosal Blasco, B./Simons Vallejo, R. Valencia, 2001, p.79; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010 del Código Penal Español, en: Goite Pierre (coord.), Las consecuencias, 2012, p.298.

¹⁷ Así también le ha llamado MORILLAS CUEVAS, dada la incidencia y el modo de operar de la delincuencia con el uso de medios y equipamientos sofisticados. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Revista Anales de Derecho, 29, 2011, pp-1-33.

¹⁸ QUIRÓS PIRES, Renén, Manual de Derecho Penal Parte General, III, La Habana, Félix Varela, 2003, p. 145.

¹⁹ España tras la reforma del año 2010, ha establecido en el Código penal un repertorio de delitos atribuibles a las personas jurídicas, cuyas virtudes y dificultades pueden encontrarse en la obra de ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio, La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, 2010-76, p. 9.

²⁰ El momento constitutivo de la persona jurídica está definido por la aprobación de sus estatutos o reglamentos y caso que estuviese exigido por la ley, estos se inscriban en el registro correspondiente. Ídem.

ahí que la esfera de acción de cada persona jurídica estará representada por el medio en que desarrolla su capacidad jurídica y su capacidad de obrar, determinada desde el mismo surgimiento de la entidad por las diversas actividades que concreta y especialmente realiza, y por consiguiente ello determina la posibilidad de poderle imputar una conducta delictiva.

No debe dejarse de lado, el hecho de que el injusto penal también presupone en las personas jurídicas una vulneración del deber, y se parte en esta afirmación, del supuesto referido a una carencia en la organización o en la ética empresarial que se traduce en comportamientos lesivos contra los bienes jurídicos, fijándose como presupuesto esencial, que la punibilidad de las empresas siempre debe orientarse a las formas de organización legal y formalmente reconocidas.²²

Por ello concerniente a la esfera de acción de las personas jurídicas, esta también pasa por el complejo tamiz del objeto y encargo social de estos entes colectivos, elementos que establecen el límite de actuación de las entidades, según lo dispuesto por los estatutos de constitución y por el resto de las normas y disposiciones que regulan el ámbito de las actividades que pueden realizar; en cuyo caso la ausencia de facultades para el desempeño, pudiera devenir en una exclusión de responsabilidad penal, independientemente de la responsabilidad penal individual, y en cuyo caso sería permisible a título de imprudencia o negligencia, al estar presente los presupuestos de la culpa por emprendimiento, la cual se fundamenta en el hecho de asumir acciones que le superan fuera de las competencias organizativas o funcionales.

3. La representación y el acuerdo de los asociados

No basta, para declarar penalmente responsable a una persona jurídica, que se haya cometido un delito dentro de su propia esfera de acción, sino que este debe ser perpetrado por su representación o por acuerdo de sus asociados. Estas son las dos fuentes de las que pueden emanar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto legislativo cubano.

QUIRÓS estima que la “representación” en esta materia, tal y como lo expresa el apartado tercero del artículo 16 de la Ley 62, comprende tanto la representación de

²¹ El momento de la disolución de las personas jurídicas se halla regulado en el artículo 40.1 del Código Civil (la extinción de las personas jurídicas se lleva a cabo según las normas previstas en sus estatutos o reglamentos) y en el artículo 28.4-a del Código Penal (la sanción de disolución es aplicable a las personas jurídicas y consiste en la extinción de ellas). *Ibidem*.

²² SUAREZ WONG, Revista Urbe et Ius, Revista de Análisis Jurídico, 6, 2003.

naturaleza legal, mediante la cual el representante es designado a través de una declaración expresa del interesado; como la de naturaleza voluntaria, al realizarse la designación del representante, que es el que determina quién debe ostentar esas funciones²³.

La otra fuente de la que puede emanar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es mediante el “acuerdo de los asociados” el cual depende de las reglas establecidas en los estatutos o en el reglamento de la entidad, así como, en su caso, en la ley y que se caracteriza por contar con la voluntad de la mayoría de sus miembros, determinándose la responsabilidad de los asociados que se hayan pronunciado a favor del acuerdo intrínsecamente delictuoso.

Para evitar una indeseable responsabilidad objetiva y mantener las más elementales garantías jurídico-penales, como ha planteado URRAZA, sería necesario constatar, además, un plus de desvalor en el ente colectivo imputable a la propia estructura societaria, lo que podría fundamentarse de dos formas: una, cuando la actuación individual del representante legal ha venido respaldada o alentada por la estructura societaria, facilitando a aquél los medios materiales o intelectuales para ello, y otra, por omisión, cuando se ha hecho dejación por parte de la persona jurídica de actos a los que estaba obligada, legal o contractualmente, o bien por haber creado un riesgo, posteriormente no contenido, que ha desembocado en el resultado final delictivo, y ello sobre la base de que la actividad empresarial conlleva unos riesgos en virtud de los cuales la persona jurídica se coloca en una especial posición de garantía, surgiendo así el correlativo deber de organizar adecuadamente su estructura y controlar la actuación de sus representantes legales²⁴.

4. La responsabilidad individual y la responsabilidad de la persona jurídica.

La responsabilidad de personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del derecho penal y la responsabilidad individual. No viene a sustituir a la responsabilidad individual, sino a hacerla más efectiva²⁵; por ello lo acertado del legislador de considerar que responsabilidad de las personas jurídicas no excluye, en ningún caso, la de las personas físicas.

²³ QUIRÓS PIRES, Manual, 2003, p.134.

²⁴ URRAZA, Abad, La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reciente promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal: una propuesta de interpretación del nuevo art. 31 bis, pp. 7-9. Disponible en: <http://www.tirantonline.com> [consultado el 27 de mayo de 2014].

²⁵ NIETO MARTÍN, Adán, La Responsabilidad Penal, 2008, p.4

Como expone MORILLAS²⁶ se decantan fundamentalmente dos hipótesis a tener en cuenta para la exigibilidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas: a) un modelo de responsabilidad directa y cumulativa de las personas jurídicas, en el que dicha responsabilidad es compatible, por ser autónoma o paralela, con la de la persona física; y b) la responsabilidad subsidiaria, que únicamente se concreta cuando no existe o no puede deducirse la de una persona física.

Por definición persona física y jurídica son independientes, de ahí que una de las funciones básicas que desempeñan las sociedades e instituciones con personalidad jurídica propia –fuera de la sede penal– es la de limitar la responsabilidad individual que estas pudieran tener con respecto a las personas físicas²⁷, ello indica entonces que en la sustanciación del proceso penal contra la persona jurídica, podrá incoarse a la par la responsabilidad penal de cuantas personas naturales estén implicadas en los hechos en lo que esta aparece y viceversa, sin que ello suponga, en absoluto, la infracción del principio “*non bis in idem*”.

BAIGÚN ha hecho una propuesta que no se debe desestimar, en el sentido de abandonar la pretensión de recurrir al sistema convencional y elaborar, en cambio, ante el hecho delictivo protagonizado por el ente delictivo, un nuevo esquema con dos vías de imputación; una, “... que aprehenda la persona jurídica como unidad independiente y otra, que se dirija a las personas físicas que la integran, aplicando en este segundo supuesto el modelo de la teoría tradicional²⁸”.

El punto de arranque de esta construcción se apoya en la naturaleza cualitativamente distinta de la acción de la persona jurídica. Es obvio que el ser humano actúa tanto en la ejecución como en la elaboración de la decisión institucional, pero ésta se halla determinada por otras unidades reales: en primera línea, la que se genera en el ámbito normativo; en segundo lugar, la que nace de la propia organización y, en tercer término, la que se identifica con el interés económico que gobierna las anteriores.

Un modelo paralelo de imputabilidad, que algunos autores denominan de “doble vía”²⁹; derivado del históricamente acogido sobre las personas naturales, ha sido la decisión legislativa cubana sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

²⁶ MORILLAS CUEVAS, Anales de Derecho, 29, 2011, pp. 1-33.

²⁷ CARBONELL MATEU, en: Goite Pierre (coord.), Las consecuencias, 2012, p. 282.

²⁸ BAIGUN, David, Tendencias actuales del derecho penal económico en América Latina. Necesidad de un nuevo modelo, Revista Cubana de Derecho, 11, 1996, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, p.138.

²⁹ DÍAZ GÓMEZ, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-08, 2011.

El mencionado artículo 16.3 dispone que la responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye la posible responsabilidad individual en que hubieren incurrido los autores o cómplices de los hechos punibles; sistema que estimamos recomendable por cuanto la responsabilidad penal directa de la persona jurídica no está condicionada al enjuiciamiento y sanción de una persona natural e iguales efectos tendría para decretar la absolución de una con independencia de la otra.

De esta forma, siguiendo los pronunciamientos de la ley adjetiva respecto a la conexidad procesal³⁰ es recomendable no escindir o separar a ambas personas en el mismo proceso, salvo que razones de seguridad e interés estatal así lo aconsejen³¹.

IV. LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MODELO DE IMPUTACIÓN ESTABLECIDO POR LA LEY

El legislador de sede penal al disponer en el apartado 4 del artículo 16 que “A los efectos de este Código, le es exigible responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando se trate de las cooperativas, las sociedades y asociaciones constituidas de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes, las fundaciones, las empresas no estatales autorizadas para realizar sus actividades, así como las demás entidades no estatales a las que la ley confiere personalidad jurídica”, no acogió en su totalidad los postulados del Código Civil que en el artículo 39.2 había enunciado taxativamente las personas jurídicas.

De lo expresado se colige que han quedado excluidas, como posibles sujetos de Derecho penal, las personas jurídicas de interés público, o sea, el Estado, las empresas y uniones de empresas estatales, así como las organizaciones políticas, de masas, sociales y sus empresas, previstas en el encabezamiento y en el artículo 39.2, incisos a y c, del Código Civil.

³⁰ El artículo 13 de la ley de procedimiento penal expresa: Se consideran delitos conexos: 1) los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengán sujetas a diversos Tribunales por su condición o por la índole de los delitos cometidos; 2) los cometidos, previo concierto, por dos o más personas en distintos lugares o momentos; 3) los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución; 4) los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos; 5) los diversos delitos que se atribuyan a un acusado al incoarse expediente contra él por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí y no hubieren sido hasta entonces objeto de proceso.

³¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el derecho penal español y el derecho penal peruano. Revista Peruana de Ciencias penales, 15, 2004, p. 232.

Las exenciones establecidas en la ley penal cubana con respecto a los sujetos colectivos tienen un fundamento obvio como ha declarado Carbonell³², pero existen también otros agentes y entes privados cuya exclusión de responsabilidad penal amerita una reflexión, en tanto siguiendo los criterios de GÓMEZ-JARA:

... el hecho de que una organización empresarial se constituya como persona jurídica en Derecho civil no implica, per se, que ostente personalidad jurídico-penal. Es decir, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial la personalidad jurídico-civil no implica la personalidad jurídico-penal³³.

Entre los entes sin personalidad jurídica reconocida en la actualidad se hallan los trabajadores por cuenta propia y las sociedades irregulares³⁴; a las cuales tampoco le es exigible responsabilidad penal.

Hay que tener en cuenta que las sociedades anónimas hasta el presente no pueden constituirse en sociedades unipersonales³⁵ y dichas sociedades pueden adoptar las formas de empresa mixta, contrato de asociación internacional y empresas de capital totalmente extranjero; por lo que en los casos de empresas mixtas y empresas de capital totalmente extranjeros, aún y cuando ello implica la formación de una persona jurídica, la responsabilidad penal recaerá sobre los inversionistas nacionales³⁶ o los extranjeros; o únicamente sobre aquellas sociedades que directamente hayan originado el daño o la puesta en peligros de bienes jurídicamente tutelados.

³² A criterio de CARBONELL MATEU, la exclusión del Estado del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta enteramente razonable, en la medida en que no es imaginable que el Estado cometa delitos contra sí mismo y aún menos que se auto aplique pena de clase alguna. CARBONELL MATEU, en: Goite Pierre (coord.), *Las consecuencias*, 2012, pp. 305-306.

³³ GÓMEZ-JARA, Carlos, *Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel*, *Política criminal*, Vol. 5, 10 2010, pp. 455-475. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/ [consultado el 24 de febrero de 2014]

³⁴ Las instituciones y entidades que carezcan de los requisitos exigibles a las sociedades mercantiles son conocidas como sociedades irregulares. En Cuba conforme a la Ley No 118 de 2014 de la Inversión Extranjera y a la Resolución 260/99 para el acto de constitución de una sociedad mercantil, se requiere de la autorización gubernativa que ofrece una Comisión Gubernativa del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, luego de este paso corresponde su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, tal y como lo regula el Decreto 226/2002 y la Resolución 230/2002.

³⁵ Los inversionistas extranjeros cuando más acuden a la variante de la sociedad pluripersonal de derecho y unipersonal de hecho, donde él solo domina. FRAGA MARTÍNEZ, Raiza, *Los sujetos de derecho mercantil en la Legislación Cubana (II)*. Disponible en: www.derecho.com/articulos/ [consultado 2006 el 20 de diciembre del 2011]

³⁶ Es bueno destacar que estos aspectos relativos a la personalidad y representación del inversionista extranjero deben tenerse en cuenta desde la etapa misma de negociación previa, a fin de estar seguros que se negocia con alguien que está facultado para obligarse, cuando el inversionista se hace representar por un apoderado, y lo que es más importante aún, con el objetivo de conocer a ciencia cierta con quién se está negociando; recuérdese que sobre los países en vías de desarrollo, o dicho con más propiedad, subdesarrollados, caen en ocasiones verdaderos aventureros que sin respaldo suficiente de capital y bajo la fachada de una empresa constituida ad-hoc para la negociación, pretenden incursionar en el campo de las oportunidades que se brindan a la inversión extranjera. DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, *La instrumentación jurídica de la empresa mixta*, *Revista Cubana de Derecho*, 7, 1992, p. 29.

Otra distinción importante a tener en cuenta a los efectos de responsabilidad penal es que el Decreto 206 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros del 10 de Abril de 1996, reconoce la figura del empresario individual como una persona natural con domicilio en el exterior, que en nombre propio realiza habitualmente actos de comercio, por lo que en virtud del artículo 15 del Código de comercio³⁷ se le permite que este ejerza el comercio en Cuba, con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar y a las disposiciones del mentado Código de comercio, en cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio cubano, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación.

En tal sentido, conforme a la aplicación de la ley penal cubana bajo el principio de territorialidad relativa, la responsabilidad por actos ilícitos de los empresarios individuales, deberá ser imputada a título de persona natural, aun y cuando este sujeto económico tenga constituida en el exterior una entidad con personalidad jurídica reconocida.³⁸

V. LAS SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Diferentes son las posiciones que ha seguido la doctrina acerca de las posibilidades de reacción jurídica – penal frente a la persona jurídica. Aparecen así propuestas relativas a imponerles sanciones administrativas; otras que indican medidas de seguridad; también las llamadas a implementar un género de consecuencias accesorias; otro sector se afilia a las sanciones penales sin culpabilidad y últimamente aquellas que admiten la capacidad de culpabilidad en las personas jurídicas, de manera que pueden responder penalmente y ser sujeto de sanciones penales³⁹.

Cada modelo pudiera presentar sus ventajas e inconvenientes, al menos de común tienen que su naturaleza es de índole administrativa y que vista desde el derecho comparado no difieren esencialmente en su contenido. Las más comunes son las

³⁷ Código de Comercio Actualizado, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.

³⁸ Este empresario tiene que concurrir a los actos de comercio a través de una institución cubana que los represente, sin embargo en ocasiones estos sujetos se valen de testaferros y personas naturales residentes en Cuba o en exterior para realizar sus actos de comercio en nuestro país sin estar debidamente legitimados, constituyéndose este modo de proceder como una actividad económica ilícita, amén del quebrantamiento de otras regulaciones existente. (NA)

³⁹ El punto de disenso al interior de esta postura está en si la culpabilidad de las personas jurídicas es igual a la exigida para las personas naturales, o si las primeras tienen una culpabilidad penal con contornos propios. GARCÍA CAVERO, Percy, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Revista de Estudios de la Justicia, 16, 2012, p. 137-145. Disponible en: www.derecho.uchile.cl/cej/

llamadas consecuencias accesorias⁴⁰ de la que no albergo dudas del debate y la complejidad que presentan en plano teórico; ni siquiera en su versión moderna que las ubica en un “*tertium genus*”, es decir, se les considera simplemente como medidas administrativas adoptadas por razones de economía procesal.⁴¹

La Ley 62 abogó por establecer un catálogo de sanciones penales, quizás como una estrategia dirigida a lograr la necesaria separación del Derecho administrativo sancionador con respecto al Derecho penal; no obstante también ha resultado compleja su interpretación y se evidencia el carácter limitado de su aplicación⁴², pudiendo ser cuestionable la efectividad que este modelo persigue.

En ningún caso un modelo establecido para diseñar los fines de la sanción en el sujeto individual, se puede equiparar a la persona jurídica⁴³ y esta es otra de las falencias que tiene la legislación penal cubana, al no ajustarse el tipo de responsabilidad que analizamos, a la previsión normativa que sirve de guía al juzgador para las personas naturales.

Definitivamente una futura proyección legislativa tendría que tomar en cuenta aspectos sustanciales tales como: la idoneidad de la sanción, a fin de eliminar a cabalidad las ventajas obtenidas por el ente colectivo; la adecuación de la sanción a la capacidad de producción de la persona jurídica y la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el castigo a imponer, la trascendencia y la dañosidad del evento punible⁴⁴; ello en cumplimiento de las máximas de Tiedemann, al decir que “las personas colectivas no podrían además, ser las destinatarias o sujetos pasivos de penas criminales con finalidad preventiva a la vez de retributiva”.⁴⁵

⁴⁰ La controversia se centra en discernir acerca de si estas consecuencias jurídicas que se imponen a las personas colectivas son medidas jurídico-penales que recaen en los entes corporativos (en cuyo caso serían considerados como sujetos de Derecho Penal o en otros términos, centros de imputación penal) o bien, se trata de consecuencias jurídico-administrativas no sancionatorias propiamente. SUAREZ WONG, Revista Urbe et Ius, Revista de Análisis Jurídico, 6, 2003.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús. María, La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, órganos y representantes. Editores. Ara, Lima – Perú, año 2002, p. 159.

⁴² GOITE muestra su inconformidad con el catálogo de penas que aparecen en la ley penal cubana y orienta al incremento de otras que resultan eficacias a los fines preventivos de la pena como es el caso de Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la que podría tener carácter temporal o definitivo y la Publicación de la sentencia condenatoria, encaminada al conocimiento y al descrédito de la persona jurídica en el ámbito del mercado y los negocios como aparece en los Códigos penales de Argentina, México y Chile. GOITE PIERRE, en: la misma (coord.), Las consecuencias, 2012, p. 335

⁴³ Ídem.

⁴⁴ SUAREZ WONG, Revista Urbe et Ius, Revista de Análisis Jurídico, 6, 2003.

⁴⁵ TIEDEMANN, Klaus. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. Temas de Derecho Penal

1. El catálogo de penas y las reglas para determinar la pena aplicable.

El Código penal dedica el título II de la parte general a las sanciones, y en el capítulo II se establecen las clases de sanciones que se imponen a personas naturales y a personas jurídicas, dejando definido que estas pueden ser: principales y accesorias para ambos sujetos.

El artículo 28 en su inciso 4 prevé que las sanciones principales aplicables a las personas jurídicas son por su orden: la disolución, un tipo de “muerte civil” para el ente colectivo en tanto supone la extinción de su personalidad, por ello cuando se decreta hay que proceder a su liquidación de acuerdo con las leyes y regulaciones que existan al respecto.

Aparecen a continuación la clausura temporal, con término que no puede ser inferior a tres meses ni exceder de dos años, lo que equivale únicamente al cierre de la entidad; y la prohibición temporal o permanente de la licencia para determinadas actividades o negocios, en un término que no puede ser inferior a seis meses ni exceder de tres años cuando sea temporal.

GOITE advierte sobre esta última sanción que al estar relacionada con actividades desarrolladas en el seno de las personas jurídicas, se deberá especificar por el juez la actividad concreta que se prohíbe realizar en evitación de que la pena se convierta en una clausura temporal o permanente.⁴⁶

Asimismo la norma penal concluye sus propuestas de penas estableciendo la multa, tendente a que la persona jurídica realice erogaciones pecuniarias, que supone tengan suficiente entidad cuantitativa, para lograr la eficacia disuasiva de la pena⁴⁷.

Por último, el apartado 5 del artículo 28, prevé las reglas preordenadas⁴⁸ para la determinación de las sanciones principales, relacionadas directamente con la cuantía de la sanción prevista para el delito específico.

El precepto se planteó la fórmula en los términos siguientes:

- a) Cuando se trate de delito que tenga prevista la sanción de multa, ésta se aplicará dentro de los límites mínimos y máximos de cuotas establecidas en cuanto al

Económico y Ambiental, Lima, Idemsa, 1998, p. 218.

⁴⁶ GOITE PIERRE, en: la misma (coord.), Las consecuencias, 2012.

⁴⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, La Ley, 2011, p.114.

⁴⁸ GOITE PIERRE, en: la misma (coord.), Las consecuencias, 2012.

- correspondiente delito, tomando en consideración lo dispuesto en el apartado 7, inciso a) , del artículo 35 respecto a la cuantía de cada cuota;
- b) Cuando se trate de delito que tenga prevista la sanción de privación de libertad que no exceda de tres años, se entenderá sustituida por la de prohibición temporal o permanente de la licencia para determinadas actividades o negocios;
 - c) Cuando se trate de delito que tenga prevista la sanción de privación de libertad superior a tres años y que no exceda de doce, se entenderá sustituida por la clausura temporal, y;
 - ch) en los demás casos, la sanción aplicable será la de disolución; asimismo el apartado d) estableció que cuando se trate de delito que tenga prevista, de manera alternativa o conjunta, dos clases de sanciones principales, éstas se entenderán respectivamente sustituidas por las correspondientes a las personas jurídicas, según las reglas establecidas en los incisos anteriores.

Por último, tras la reforma del año 1997, se mantuvo el esquema seguido por el Código de Defensa Social de refrendar circunstancias modificativas atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal, para las personas jurídicas, esta vez y de igual forma, sin rastro alguno de eximentes.

De manera que el apartado 3 del artículo 47 estableció, que las circunstancias atenuantes y agravantes previstas respectivamente en los incisos c) y g) del artículo 52, relativas a haber cometido el delito en la creencia, aunque errónea, de que se tenía derecho a realizar el hecho sancionable y haber obrado el agente obedeciendo a un móvil noble; mientras que los incisos b), c), ch), e) y g) del artículo 53, concernientes a cometer el hecho por lucro o por otros móviles viles, o por motivos fútiles; ocasionar con el delito graves consecuencias; cometer el hecho con la participación de menores; cometer el hecho aprovechando la circunstancia de una calamidad pública o de peligro inminente de ella, u otra situación especial y cometer el delito con abuso de poder, autoridad o confianza. Siéndole aplicable también las cuestionadas instituciones de la reincidencia y la multirreincidencia.

Queda claro como expone GÓMEZ DÍAZ que no pueden transferirse a las personas jurídicas las circunstancias agravantes pertenecientes a la persona física⁴⁹, por ello hubiera sido recomendable que la ley penal hubiera asumido la previsión de estas,

⁴⁹ DÍAZ GÓMEZ, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-08, 2011.

incluyendo las eximentes; ajustadas todas a la actividades y funciones que desarrollan las estructuras organizadas de la sociedad a las que le es atribuible responsabilidad penal, como pudiera ser el hecho de haber tomado medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse y otras que forman parte de la era de la “*criminal compliance*”.⁵⁰

VI. EL ÁMBITO PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La mencionada reforma penal de 1997 mediante el Decreto-Ley No 175, no vino, inexplicablemente, acompañada de las necesarias reformas procesales que permitieran dar respuesta a las numerosas dudas que surgían con la admisión en el proceso de un nuevo sujeto de responsabilidad. De ahí que ni en la primera versión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aparecida en el Código de 1936, ni confirmada la última en la ley de marras, haya existido un procedimiento compilatorio y orgánico, que logre darle respuesta a las múltiples exigencias de esa institución jurídica.

El tratamiento procesal a la responsabilidad de la persona jurídica se constituye como el de mayores carencias en los sistemas penales modernos y aunque la política criminal enrumba sus pretensiones punitivas hacia los entes colectivos, las normas procedimentales no siempre la han previsto en su condición de parte, con el tratamiento que le es homologable a la persona natural que comparece al proceso penal.

Algunos autores explican la incapacidad procesal de las personas jurídicas⁵¹ y otros advierten que la aplicación de un régimen de sanciones a las entidades pudiera traer aparejado consecuencias negativas para terceros ajenos a la actividad delictiva, específicamente con la ruptura de puestos de trabajos y empleos y afectaciones para aquellas otras entidades que se encontraban realizando actividades y operaciones económicas con la persona jurídica imputada.

Es por tanto necesario, un procedimiento penal con derechos y garantías hacia la persona jurídica, dado que ello es propio de un Estado de Derecho que ha decidido por

⁵⁰ Un estudio importante sobre este tema aparece en ARROYO ZAPATER, Luis/NIETO MARTÍN, Adán, El Derecho Penal Económico en la era Compliance, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁵¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A, Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares. Centro de Investigación Interdisciplinaria, en: Derecho Penal Económico. Córdoba, Argentina, 2011, p. 6 Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar>. [consultado el 28 de diciembre de 2011]

razones de política criminal invocar la responsabilidad penal de estos entes y que a la par, en ocasión de la persecución y el enfrentamiento de los delitos cometidos por ella, tiene el deber de garantizar asuntos tan ineludibles para cualquier proceso penal contemporáneo como es el concerniente a las decisiones sobre la denuncia, la radicación e incoación del proceso penal⁵²; la imposición de las medidas cautelares⁵³; el derecho a la defensa, las referidas a la imputación como base de la pretensión punitiva del fiscal, entre otros; de manera que le permitan al proceso penal cumplir con los mandatos del debido proceso, a efectos de que se declare la responsabilidad o inocencia de la persona jurídica.

Para ello, abogamos por un procedimiento especial, extendido y explicativo de las instituciones procesales que correspondan sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, de manera que particularice los principios generales del modelo de imputación, las prerrogativas de las partes con los derechos y garantías de estos, así como lo concerniente a la parte instrumental de aplicación.

1. Previsiones sobre la celebración de la vista del juicio oral.

La primera clarinada, en materia procesal la dio el Tribunal Supremo Popular, mediante la Instrucción No 169 del año 2002, informando a los tribunales de justicia cómo proceder para el juzgamiento a la persona jurídica una vez que le fuera presentado un proceso incoado contra esta; anticipo este, que resultó muy meritorio, ante el vacío legislativo existente, pero que indudablemente no ha logrado colmar las complejas y disímiles problemáticas que tendrán que resolver el fuero de justicia penal tras dictar una sentencia.

En lo que respecta a la vista del juicio oral, el órgano supremo de justicia alertó a las Salas del Tribunal Supremo Popular que administran justicia en materia penal, los Tribunales Provinciales Populares, los Tribunales Municipales Populares y los Tribunales Militares, que en ocasión de recibir un asunto que resulte de su competencia,

⁵² La radicación e incoación del proceso penal contra la persona jurídica, tiene que responder a los criterios de objetividad procesal, racionalidad jurídica y defensa de los intereses individuales y colectivos, los cuales en ocasión de la comisión del hecho penal teniendo en cuenta su magnitud, el quantum de afectación o la transcendencia social del acto, sea puesto en peligro o resulta lesionada la objetividad jurídica penal. (N.A)

⁵³ No resultaran aplicables cualquiera de las medidas cautelares dispuestas en la ley adjetiva para las personas jurídicas, sino solo aquellas que aseguren la presencia de esta a la vista del juicio oral y garanticen el cumplimiento efectivo de la sentencia y en las cuales regirán los principios de provisionalidad y variabilidad concebidos para la imposición que recae en las personas físicas. MENDOZA DÍAZ, Juan, Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano, en Boletín ONBC, No.29, Ediciones ONBC, La Habana, octubre-diciembre 2007, p.5.

en el que comparezca como acusada una persona jurídica, cuidadosamente deberán comprobar que se haya producido la designación del representante de la entidad acusada y que conste en las actuaciones el documento acreditativo de ese extremo del proceso, así como que tal acto de designación se efectuó por el representante legal de la persona jurídica en cuestión o por acuerdo de la junta directiva de la institución, según sea el caso, conforme a las reglas preestablecidas en el acta de constitución de la entidad.

De igual forma la inactiva se pronunció por el cuidado de las garantías procesales al acusado, orientando la devolución de las actuaciones y su obligada rectificación, para luego hacer referencia al desarrollo de la vista del juicio oral; aspectos todos que resultan inconclusos especialmente en lo referente al contenido de la sentencia y su ejecución.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la actualidad el problema parece haber superado el debate dogmático –al menos en parte– y estamos a la espera de pase a un nivel más práctico, para consecuentemente evaluar las lagunas, dificultades y acontecimientos jurídicos que desde algún tiempo viene planteando la doctrina del Derecho penal, con la visión multidisciplinaria presente en este tema.

El enfoque de responsabilidad penal sobre las personas jurídicas tal y como está diseñado en el Código penal cubano, ha dejado intactas las categorías dogmáticas hartamente conocidas y discutidas, de modo que su aplicación no permite generar nuevas concepciones teóricas sobre los delitos cometido por estos entes, lo cual se hace necesario ante las dificultades e incertidumbres que se contraen ante este tipo de responsabilidad penal.

Si la política criminal concede importantes argumentos sobre el fenómeno de la macro-criminalidad y la necesidad de prevenir los riesgos que ella acarrea para la estabilidad política y económica del Estado y ello conlleva a una reacción inmediata y eficiente del Estado para evitar el desborde en la vulneración de estos bienes jurídicos supraindividuales; el Derecho penal no debe acudir en “*prima face*” y a plenitud en tratar de mitigar los efectos del fenómeno. De ahí que la inserción del Derecho penal en sede administrativa es un obstáculo para los objetivos que se persiguen.

Las personas jurídicas no pueden cometer cualquiera de los delitos establecidos en la parte especial del Código Penal, es por ello una necesidad establecer el sistema de

la previsión concreta o sistema de “*numerus clausus*”, para de esta manera evitar los múltiples inconvenientes de interpretación y aplicación que acarrea la formulación penal actual, en lo referente respecto a la imposición de las penas y los concretos objetivos de prevención.

El catálogo de penas que recoge la ley penal pudiera ser ampliado con otras modalidades que cumplan con los fines preventivos de la sanción y de igual forma debe evitarse la integración de circunstancias atenuantes y agravantes, desde el ámbito de la responsabilidad individual, atendiendo a las especificidades que suponen las actividades y funciones de los entes colectivos.

La falta de una regulación procesal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas coloca al legislador en la posición de atender urgentemente este complejo tema, a efectos de consignar en las normas procesales con el debido respeto a los principios que ordenan la constitución y el procedimiento, las garantías de los entes colectivos en el proceso penal de corte acusatorio, una vez que este se presenta como parte procesal.

Un grupo de aspectos procesales deben ser tenidos en cuenta, en las diferentes etapas procesales, los cuales indican una selección coherente sobre la competencia de los asuntos, la capacidad procesal penal de las personas jurídicas, la presencia de personas jurídicas y naturales en el mismo proceso, la incomparecencia y ausencia de estos al llamado de las autoridades procesales, el diligenciamiento de acciones instructivas, la imposición de medidas cautelares, la pretensión penal, el juicio oral y la ejecución de la sentencia, entre otros.

* * * * *

¿Menores con personalidad antisocial? Una reflexión sobre los diagnósticos de trastornos de conducta y de personalidad en la jurisdicción penal de menores

~Prof. Dra. Marta García Mosquera~

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal. Univ. de Vigo. Socia de la FICP.

La Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores (LORPM) establece en su art. 7.3 que, para la elección de la medida o medidas que han de imponerse al menor por la comisión de un hecho delictivo, el Juez de Menores ha de atender “no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor”. A los fines de valorar tanto el interés del menor como su personalidad la Ley dispone la necesidad de recabar informe del equipo técnico (y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores que hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado anteriormente una medida cautelar o definitiva).

Las conclusiones alcanzadas por el equipo técnico en su informe constituyen un poderoso argumento de autoridad para justificar las decisiones judiciales de imposición (así como las de revisión o sustitución) de medidas en el proceso penal de menores. Frecuentemente la motivación judicial al respecto se limita a reproducir las consideraciones que los profesionales (especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas) plasman en el dictamen. El espacio para la sana crítica judicial en relación con este tipo de informes parece estrecharse a medida que los corolarios de los expertos se apoyan en categorías científico-técnicas aparentemente sólidas y concluyentes. En ello – y en particular por lo que tiene que ver con la evaluación psicológica de la personalidad del menor- juegan un papel especialmente importante las dos clasificaciones diagnósticas de trastornos mentales y del comportamiento que se utilizan a nivel internacional en la práctica clínica de la salud psíquica: la CIE-10¹, publicada por la Organización Mundial de la Salud y el DSM-5², elaborado por la Asociación Americana de Psiquiatría. Estas categorizaciones nosológicas que, básicamente, surgieron para unificar a nivel universal las denominaciones de los fenómenos morbosos (permitiendo así el mejor tratamiento estadístico de datos referidos a dichas patologías, procedentes

¹ Acrónimo de *Clasificación Internacional de Enfermedades, décima versión*.

² Acrónimo de *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. La quinta edición (versión original) del DSM se publicó en mayo de 2013, editándose al año siguiente la versión española: DSM-5. Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, Editorial Médica Panamericana, 2014.

de diferentes países y épocas), asignan códigos numéricos (en el caso del DSM-5) o alfanuméricos (en el caso del CIE-10) para identificar cada una de las entidades diagnósticas, en función de su categorización por grupos y subgrupos. El empleo de estas denominaciones estandarizadas y su sobreentendida validez científica deriva en la inclinación a formular afirmaciones categóricas acerca de la personalidad del menor evaluado y de su esperable comportamiento futuro. No cabe duda de que cualquier operador jurídico, lego en psicología, se mostrará mucho más reticente a cuestionar las conclusiones de un informe de expertos cuando aquéllas deriven de haber arribado a un “diagnóstico”, percibido como situación firme, claramente definida y avalada por la comunidad científica. No obstante, la fiabilidad de tales descripciones sólo puede valorarse a partir de los instrumentos que las sustentan y, en consecuencia, de los horizontes de certeza (o incertidumbre) que éstos proporcionan.

Para ilustrar esta cuestión conviene ante todo tener presente que, a la inmadurez de la ciencia psicopatológica en general – ampliamente reconocida por los propios investigadores en materia de salud psíquica³ – ha de sumarse la intrínseca complejidad e incertidumbre de la conducta humana, que dificulta su interpretación en términos de diagnóstico y pronóstico. El propio DSM-5, consciente de los inconvenientes del modelo categorial en el abordaje de los trastornos mentales, introduce, respecto de ediciones anteriores, ciertas modificaciones que aspiran a facilitar la investigación entre las distintas categorías diagnósticas, declarando que probablemente los abordajes diagnósticos dimensionales “complementarán o sustituirán a los actuales planteamientos categóricos en los próximos años”⁴.

Por otro lado, la ausencia de parámetros consolidados de normalidad/desviación o salud/trastorno en este ámbito puede evidenciarse si se compara el número total de categorías psicopatológicas incluidas en las distintas ediciones del DSM, pues frente a los 106 trastornos mentales en su primera edición (DSM-I, 1952), se contemplan en la edición actual (DSM-5, 2013) un total de 216 trastornos. Según sostienen ECHEBURÚA/SALABERRÍA/CRUZ SÁEZ, el abuso de los diagnósticos psiquiátricos o la ampliación del categorías diagnósticas recogida en el DSM-5, así como el requerimiento de umbrales diagnósticos menos exigentes para muchos trastornos, pueden traer consigo la psicopatologización de algunos problemas de la vida cotidiana, la generación de

³ A modo de ejemplo, FORTI SAMPIETRO, L., ¿Trastornos? de la ¿Personalidad? Hacia un modelo integrador, Revista gallega de psiquiatría y neurociencias, número extraordinario, 2005, p. 9.

⁴ DSM-5. Manual Diagnóstico, 2014, p. 13.

pacientes falsos positivos, la estigmatización del paciente asociada a los diagnósticos psiquiátricos y el uso generalizado e indiscriminado de la prescripción farmacológica (especialmente preocupante en el ámbito infantil)⁵. La opinión de estos autores, lejos de ser aislada, refleja algunos de los aspectos más controvertidos de la actual edición del manual.

La cuestión concreta que aquí nos interesa se ciñe a exponer de manera breve las vías de atribución, a un menor de edad, de un perfil de desviación social señalado como patológico, con base en los instrumentos diagnósticos a que se ha hecho referencia. De entrada, teniendo presente que la LORPM indica la necesidad de valorar la “personalidad” del menor, es necesario aclarar que a grandes rasgos existe un consenso generalizado en concebir la niñez y (particularmente) la adolescencia como etapas evolutivas del individuo en el desarrollo de su personalidad, la cual sólo se consolida y adquiere propiamente al alcanzar la edad adulta. De ahí que resulte controvertido hablar de “personalidades” patológicas o desviadas en adolescentes menores de edad, aspecto en el que no cabe en absoluto apreciar consenso. El grupo de afecciones que el DSM-5 recoge como *trastornos de la personalidad* (TP) tienen en común, por definición, ser patrones permanentes de experiencia interna y de comportamiento que se apartan acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto⁶. Los TP se distribuyen en tres grupos: el grupo A, compuesto por los TP paranoide, esquizoide y esquizotípica; el grupo B se compone de los TP antisocial, límite, histriónica y narcisista, y el grupo C aglutina los TP evitativa, dependiente y obsesivo-compulsiva. Interesa destacar que el propio DSM-5 establece algunas precauciones en orden a diagnosticar un TP a individuos menores de 18 años, excluyendo tajantemente esta posibilidad en lo que se refiere al TP antisocial⁷.

El trastorno de la personalidad antisocial (clasificación 301.7 en el DSM-5) se corresponde con el trastorno de la personalidad disocial del CIE-10 (clasificación F60.2). Como se ha señalado, no está científicamente avalada la posibilidad de realizar este diagnóstico en menores de edad (antes al contrario, está expresamente refutada). Pese a todo, el TP antisocial no parece, ni de lejos, desterrado de los informes de los

⁵ ECHEBURÚA, E./SALABERRÍA, K./CRUZ SÁEZ, M., Aportaciones y limitaciones del DSM-5 desde la Psicología Clínica, *Terapia Psicológica*, vol. 32, nº 1, 2014, p. 71.

⁶ DSM-5. Manual Diagnóstico, 2014, p. 645.

⁷ DSM-5. Manual Diagnóstico, 2014, p. 648: “Para diagnosticar en un individuo menor de 18 años un trastorno de la personalidad, deberían aparecer las características durante al menos un año. La única excepción a esto es el trastorno de la personalidad antisocial, que no se puede diagnosticar en las personas menores de 18 años”.

equipos técnicos de la jurisdicción penal de menores, en donde suele ir asociado a valoraciones sobre cronicidad delictiva y perfil consolidado de desviación social del menor. Desde mi punto de vista (y a más de la impugnación científica de base) resulta abiertamente cuestionable cualquier propuesta de intervención con el menor que se apoye en estos postulados de socialización anticipadamente fracasada.

En aquellos otros casos en que no se llega a un diagnóstico de TP antisocial es muy habitual encontrarse, sin embargo, con la calificación del “*trastorno de conducta*” o “*trastorno disocial*”⁸. El trastorno de conducta, recogido en el DSM-5 dentro del grupo de los *trastornos disruptivos, del control de los impulsos y de la conducta*, se define como “un patrón repetitivo y persistente de comportamiento en el que no se respetan los derechos básicos de los otros, las normas o reglas sociales propias de la edad”. Sus criterios diagnósticos se definen, básicamente, por comportamientos (de agresión a personas y animales, de destrucción de la propiedad, de engaño o robo, y de incumplimiento grave de normas⁹), debiendo especificarse en el diagnóstico si el tipo de trastorno de conducta es de inicio infantil (código 312.81), de inicio adolescente (código 312.82) o de inicio no especificado (código 312.89).

El trastorno de conducta (como manifestación específica de la atención que la psicopatología actual presta a los comportamientos infantiles y adolescentes) tiene un abonado campo de aplicación a los menores que ingresan a la jurisdicción penal¹⁰, en

⁸ Estas denominaciones se utilizan como términos intercambiables porque son los términos que utilizan los manuales de clasificación DSM-5 y CIE-10 respectivamente para referirse al mismo trastorno. Al respecto, véase: HARWOOD, V., *El diagnóstico de los niños y adolescentes problemáticos. Una crítica a los discursos sobre los trastornos de la conducta*, Madrid, 2009, p. 14.

⁹ Los comportamientos concretos dentro de cada una de esas categorías generales son los siguientes (DSM-5. Manual Diagnóstico, 2014, p. 469 s.): *Agresión a personas y animales*: 1. A menudo acosa, amenaza o intimida a otros, 2. A menudo inicia peleas, 3. Ha usado un arma que puede provocar serios daños a terceros (p. ej., un bastón, un ladrillo, una botella rota, un cuchillo, un arma), 4. Ha ejercido la crueldad física contra personas, 5. Ha ejercido la crueldad física contra animales, 6. Ha robado enfrentándose a una víctima (p. ej., atraco, robo de un monedero, extorsión, atraco a mano armada), 7. Ha violado sexualmente a alguien; *Destrucción de la propiedad*: 8. Ha prendido fuego deliberadamente con la intención de provocar daños graves, 9. Ha destruido deliberadamente la propiedad de alguien (pero no por medio de fuego); *Engaño o robo*: 10. Ha invadido la casa, edificio o automóvil de alguien, 11. A menudo miente para obtener objetos o favores, o para evitar obligaciones (p. ej., “engaña” a otras personas), 12. Ha robado objetos de cierto valor sin enfrentarse a la víctima (p. ej., hurto en una tienda sin violencia ni invasión, falsificación); *Incumplimiento grave de las normas*: 13. A menudo sale por la noche a pesar de la prohibición de sus padres, empezando antes de los 13 años, 14. Ha pasado una noche fuera de casa sin permiso mientras vivía con sus padres o en un hogar de acogida, por lo menos dos veces o una vez si estuvo ausente durante un tiempo prolongado, 15. A menudo falta en la escuela, empezando antes de los 13 años.

¹⁰ Aunque, desde luego, no sólo a éstos, porque el diagnóstico es también frecuente en menores que aún no han alcanzado los 14 años (o que, habiendo alcanzado dicha edad, presentan un comportamiento problemático no delictivo). Al respecto de la problemática de menores con trastornos de conducta

tanto que muchos de los comportamientos-tipo que sirven al diagnóstico son precisamente los que motivan la apertura de expedientes en las Fiscalías de menores¹¹. Por ello considero que el empleo formalista de esta categoría diagnóstica comporta el sesgo de identificar el comportamiento delictivo del menor con una patología del proceso de socialización. Cabe señalar, sin embargo, que las propias consideraciones del DSM-5 sobre desarrollo y curso del trastorno de conducta no autorizan predicciones de cronificación de los comportamientos antisociales. Antes al contrario, se sostiene que el curso del trastorno de conducta después de su inicio es variable, y que, en la mayoría de individuos, el trastorno remite en la edad adulta, logrando muchos individuos con trastorno de conducta una adaptación social y laboral adecuada como adultos¹².

Ello no obstante, lo cierto es que con frecuencia el trastorno de conducta tiende a considerarse en la práctica como una versión precoz de un TP antisocial de la edad adulta. Por su parte (respaldando esa consideración) el diagnóstico del TP antisocial requiere acreditar evidencias de la presencia en el individuo de un trastorno de la conducta, con inicio antes de los 15 años.

En consecuencia, el riesgo de hipótesis predictivas en el diagnóstico de un trastorno de conducta en un menor infractor primario, puede precipitarse en una sustitución del diagnóstico inicial, por un TP antisocial, en el momento en que el menor pasa a ser reincidente. El peligro de que ello ocurra, primordialmente por ese concreto motivo, es grande si se tiene en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con otros TP – en donde los criterios diagnósticos otorgan un peso específico a las ideas, creencias o pensamientos anormales del sujeto – en el TP antisocial los elementos definatorios siguen siendo básicamente (al igual que en el trastorno de conducta) comportamientos o formas de actuación del sujeto (incumplimiento de normas sociales, engaños, impulsividad, irritabilidad y agresividad, peleas o agresiones físicas repetidas, etc.).

En definitiva, no parece que pueda llevarse a efecto una óptima valoración judicial de los diagnósticos sobre personalidad de menores prescindiendo de los conocimientos básicos sobre las metodologías e instrumentos que los sustentan. El argumento de autoridad sólo es razonable cuando aporta garantías suficientes para que la conclusión

ingresados en centros de protección, véase: DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe monográfico. Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, 2009.

¹¹ Un ejemplo de la incidencia del diagnóstico de trastorno disocial en menores infractores puede verse en IBABE, I./JAUREGUIZAR, J., El perfil psicológico de los menores denunciados por violencia filio-parental, Revista Española de Investigación Criminológica, nº. 9, 2011.

¹² DSM-5. Manual Diagnóstico, 2014, p. 473.

sea plausiblemente aceptable. Pero el estado de la ciencia en esta cuestión -más plagado de interrogantes y discrepancias que de certezas y evidencias- no sugiere sino tomar con cautela cualquier afirmación categórica de confirmación diagnóstica sobre la personalidad de menores sometidos a intervención a través de la justicia penal.

* * * * *

Bases para la delimitación del objeto material en el delito de iniciados*

~Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez~

Acredit. Ayudante Doctor. Univ. de Alcalá. Socio de la FICP.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto material del delito de iniciados está expresamente configurado en la descripción típica del art. 285 CP, se trata, pues, del concepto de “información relevante” que constituye la esencia del castigo de las operaciones de iniciados¹. Así pues, las modalidades típicas del uso o suministro deben recaer precisamente sobre el objeto material, esto es, sobre la información privilegiada relevante para las cotizaciones, de manera que las conductas de uso o suministro de cualquier información que no reúna las características inherentes al objeto material quedarán fuera del ámbito de aplicación del art. 285 CP. En efecto, la piedra angular de la estructura típica del *insider trading* está constituida por el concepto de información privilegiada, por lo que interesa destacar aquí cuáles son las características que debe reunir una determinada información para ser considerada jurídico-penalmente relevante.

Hay que advertir, no obstante, que la sistematización de las características de dicho objeto material no es tarea sencilla, ya que la delimitación de las informaciones no utilizables en bolsa ha sido ampliamente tratada con distintos matices la doctrina

* La publicación de este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER2011-24011: “Responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Subdirección Gral. de Proyectos de Investigación (Investigador principal Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña).

Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AG: Die Aktiengesellschaft; APen: Actualidad Penal; BB: Der Betriebs-Berater; BFuP: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis; BGH: Bundesgerichtshof; CuadDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; CPC: Cuadernos de Política Criminal; CP: Código Penal; DB: Der Betrieb; DPE PE: Derecho penal español. Parte Especial; DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea; DPE: Derecho Penal Económico; DP PE: Derecho Penal. Parte Especial; DZWIr: Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; EPCr: Estudios Penales y Criminológicos, Univ. Santiago de Compostela; EuZW: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; Fs: Festschrift; ICADE: Revista de las Fac. de Derecho y Cc. Económicas; LH: Libro homenaje; LMV: Ley del Mercado de Valores; NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht; PJ: Poder Judicial; n: nota a pie; RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil; RDPCr: Revista de Derecho Penal y Criminología; RGD: Revista General de Derecho; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; StGB: Strafgesetzbuch; Strafo: Strafverteidiger Forum; WM: Wertpapier-Mitteilungen; WpHG: Wertpapierhandelsgesetzes; ZBB: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft; ZGR: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht; ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht; ZKW: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen; ZStW: Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft.

¹ Así, en la doctrina alemana, PFISTER, ZGR (2), 1981, p. 339; IMMENGA, ZBB (2), 1995, p. 201; WEBER, BB (4), 1995, p. 162; en España, FARALDO CABANA, EPCr, 1995, p. 91; GONZÁLEZ CUSSAC, en: Vives Antón (dir.), DP PE, 1996, p. 480; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPE, 2002, p. 116; así tb., en relación con el delito de iniciados en la legislación italiana, SANGIOVANNI, ZStW (112), 2000, p. 912.

(mercantil, civil, penal y administrativa) y jurisprudencia. Además, es preciso tener en cuenta que la descripción típica del art. 285 CP utiliza el término “**información relevante**”, pese a lo cual gran parte de la doctrina entiende que este concepto es equiparable al de **información privilegiada** a que se refieren la LMV², las Directivas europeas sobre la materia³ o el art. 442 CP⁴ en los delitos de funcionarios, por lo que a la hora de analizar las características y el alcance de dicho objeto material suele recurrirse a tales instrumentos legislativos; sin embargo, hay que tener en cuenta que para dotar de contenido a este elemento normativo no es aconsejable aceptar sin más su significado administrativo o mercantil (posición privatista), sino que lo idóneo es – como sugieren MARTÍNEZ-BUJÁN o RUÍZ RODRÍGUEZ– interpretar los conceptos normativos regulados en otras disciplinas en función de las “necesidades de aplicación” de las normas penales, para lo cual habrá que recurrir a una “restricción teleológica del tipo en sede de imputación objetiva” (postura teleológica)⁵.

Así, al momento de efectuar la interpretación del objeto material en atención a la regulación administrativa, debe tenerse en cuenta que la reforma de la LMV operada por Ley 44/2002, de 22 de noviembre (sobre Medidas de Reforma del Sistema Financiero), recoge de forma expresa lo que ha de entenderse por **información relevante** (art. 82.1 LMV), distinguiéndola así del concepto de **información privilegiada** (art. 81.1 LMV) que en esencia conserva la redacción del anterior art. 81.3 con algunos matices relativos a la clase de valores sobre los que versa la información –valores negociables o instrumentos financieros– y los emisores de los mismos.

Procederemos pues, en primer lugar, a determinar si con la reforma legislativa que introdujo el concepto de **información relevante** se ha pretendido dotar de contenido al objeto material del *insider trading*, disipando por tanto las dudas sobre la aplicación del concepto de **información privilegiada** o si, por el contrario, dicha previsión debe considerarse complementaria en la labor exegética del art. 285 CP. Así mismo,

² Así, VALLE MUÑIZ, en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), Comentarios a la parte especial del Derecho penal, 1996, p. 681; GONZÁLEZ CUSSAC, en: Vives Antón (dir.), DP PE, 1996, p. 480; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: Vives Antón (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, 1996, p. 1384; RUIZ RODRÍGUEZ, Protección penal del mercado de valores, 1997, págs. 340, 342; BAJO FERNÁNDEZ, en: LH-Torío, Uso de información privilegiada, 1999, p. 647.

³ BENÍTEZ ORTÚZAR, en: Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código penal, 1999, p. 357; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPE, 2002, p. 117.

⁴ Así, consideran que la definición de **información privilegiada** contenida en el art. 442 CP es válida como criterio interpretativo del art. 285 CP, MARTÍN PALLÍN, CuadDJ (14), 1997, p. 153; LÓPEZ PEREGRIN, APen, 1993, p. 438. En contra, QUERALT JIMÉNEZ, DPE PE, 1996, p. 476.

⁵ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: Vives Antón (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, 1996, p. 1384; RUIZ RODRÍGUEZ, Protección penal del mercado de valores, 1997, págs. 339, 340.

analizaremos las características del concepto de información privilegiada contenido en las Directivas europeas y su incidencia en la interpretación del objeto material de las operaciones de iniciados, aunque debemos reconocer que –como bien advierte *Prieto del Pino*– de la descripción típica del delito de iniciados pueden extraerse al menos dos características que deben estar presentes en la información reservada, a saber: a) la nota de **relevancia** para la cotización de valores y, b) la forma en que el iniciado entra en contacto con la información, esto es, mediante el **acceso reservado** a la misma “con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial”⁶.

Por último, hay que tener en cuenta la Directiva 2014/57/UE, de 16 de abril de 2014, sobre abuso de mercado, y el Reglamento 596/2014, que sustituirán a partir del 3 de julio de 2016 a la normativa europea sobre información privilegiada y abuso de mercado vigente desde el año 2003, ya que introduce importantes modificaciones en materia de protección del mercado, empezando porque –a diferencia de la actual Directiva que recoge la facultad de los Estados de imponer sanciones penales– la recién aprobada Directiva se intitula “Sobre sanciones penales aplicables al abuso de mercado”, lo que implica la obligación de los Estados a establecer normas penales para la protección de los mercados, aunque –eso sí hay que decirlo– limitando la intervención penal para los “casos graves” e intencionales. Y, en lo que este trabajo respecta, habrá que tener especialmente en cuenta el art. 7 del Reglamento de la Directiva, donde se retoma el concepto de información privilegiada y las características que deben recaer sobre el objeto material de las operaciones de iniciados.

II. INFORMACIÓN PRIVILEGIADA E INFORMACIÓN RELEVANTE EN LA LMV

Como hemos anticipado, en la actual LMV coexisten dos conceptos que, aunque cercanos, parecen tener su propio ámbito de aplicación⁷. Así, como elementos esenciales de la información privilegiada destacan: a) el *carácter concreto* de la misma, lo que –como veremos– excluye los simples rumores o las informaciones indeterminadas, b) que la información se refiera a uno o varios valores, o a uno o varios

⁶ Cfr. PRIETO DEL PINO, El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores, 2004, p. 316.

⁷ Cfr. sobre esta cuestión, más recientemente, GÓMEZ BENÍTEZ, Aspectos penales fundamentales de la reciente Directiva y del Reglamento sobre abuso de mercado, en Gómez-Acebo & Pombo, 2014, págs. 1 y 2.

emisores de valores⁸, c) que dicha información no se haya hecho pública y, c) que de haberse hecho pública hubiera podido incidir de forma apreciable sobre la cotización de los valores o instrumentos negociados. Por su parte, el concepto de información relevante es más parco, ya que solamente exige, por un lado, que la información pueda afectar a un inversor razonable en sus decisiones de adquisición o transmisión de valores y, por otro, que dicha información pueda incidir de forma sensible en las cotizaciones⁹.

La coexistencia de ambos elementos normativos podría generar aparentes problemas de tipicidad, ya que mientras el concepto de información privilegiada es bastante restrictivo, el de información relevante se caracteriza por su amplitud, pudiendo entonces disminuirse o ampliarse el ámbito de aplicación del art. 285 CP, según que se adopte uno u otro concepto, con las consecuencias que ello supondría para el principio de legalidad; no obstante, creemos que la introducción del **término información relevante** no tiene especiales repercusiones en la interpretación del objeto material del *insider trading*, pues –como veremos– **tal elemento no es más que la concreción del último requisito del concepto de información privilegiada del art. 81.1 LMV**¹⁰. Hecha esta aclaración, y tomando en consideración que la doctrina mayoritaria ha encontrado una sólida base para la interpretación del objeto material del delito de iniciados en la definición que del término “información privilegiada” hacen la LMV y las Directivas europeas, procederemos a exponer y analizar las características de este elemento normativo presente en la LMV.

⁸ Es preciso recordar que tras la reforma a la LMV introducida por Ley 37/1998, de 16 noviembre (BOE, núm. 275, de 17 noviembre 1998), se había producido una modificación importante en el concepto de información privilegiada, ya que se establecía que la información debía ir referida a uno o varios valores y a uno o varios emisores de valores, a diferencia del precepto actual (y el anterior a esa reforma) que utiliza la disyuntiva “o”. El efecto que produjo aquella reforma fue que el carácter privilegiado de la información estaba supeditado a que los datos fueran relativos tanto a valores como a emisores de valores, descartando la posibilidad alternativa de que la información fuera referida bien al emisor o bien al valor. *Vid.* críticamente sobre esta cuestión, RUIZ RODRÍGUEZ, Protección penal del mercado de valores. Recientes influencias de la jurisprudencia administrativa, 2002, págs. 124 ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DP PE, 2004, p. 584.

⁹ De los requisitos de la información relevante a que se refiere la LMV sólo uno, el de su incidencia en las cotizaciones, puede conectarse inequívocamente con el carácter “relevante” de la información a que se refiere el art. 285 CP.

¹⁰ Críticamente, sobre la coexistencia de ambos conceptos, *vid.* GÓMEZ PAVÓN, ICADE (42), 1997, p. 248; FERRADIS CIPRIÁN/MARTÍNEZ GARAY, EPCr, 2003, págs. 135, 136; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ADPCP, 1993, p. 1059; ENTRENA RUIZ, El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: un estudio de su régimen administrativo sancionador, 2006, p. 74 ss.

III. ELEMENTOS DE LA INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Como hemos apuntado, la LMV adopta un concepto de información privilegiada muy cercano al establecido en la Directiva 2003/6/ CE sobre las operaciones con información privilegiada y abuso de mercado; sin embargo, a diferencia de la Directiva que hace alusión a una información relativa a emisores o a instrumentos financieros, la LMV admite la posibilidad de que la información se refiera además a *valores negociables*. La definición de información privilegiada contenida en ambos instrumentos legislativos no difiere en mucho a la establecida en la ya derogada Directiva 89/592/CEE que en su art. 1 establecía un concepto de información privilegiada cuyos elementos coinciden sólo parcialmente con la definición actual, entre otras razones porque en lugar de hablar de información de carácter concreto, hacía alusión a una información de carácter **preciso** y, además, porque a diferencia de la nueva Directiva y de la LMV, no establecía que la información debía referirse *directa* o *indirectamente* a emisores o valores negociables, lo que podría suponer –como veremos– una notable ampliación del concepto de información privilegiada. Veamos, pues, las peculiaridades de cada uno de los elementos del concepto de información privilegiada establecido en la LMV.

1. Información de carácter concreto

El carácter concreto de la información está determinado por su específica referencia a uno o varios valores o instrumentos financieros o a uno o varios emisores de valores, en consecuencia, un amplio sector doctrinal entiende que este requisito concurre cuando se está frente a informaciones internas de la sociedad (*inside corporate informations*), frente a datos generados fuera de la misma pero que le afectan (*market informations*, p. ej. la intención de otra sociedad de lanzar una OPA) o, finalmente, cuando se trata de informaciones generales relativas a la coyuntura económica o política del país que pudieran influir en el precio de las cotizaciones¹¹; desde esta perspectiva,

¹¹ En este sentido, antes de la aprobación de la Directiva 89/592, SÁNCHEZ GUILARTE/TAPIA HERMIDA, RDBB (28), 1987, p. 774; así tb., una vez aprobada dicha Directiva y la LMV, GONZÁLEZ CUSSAC, CPC (37), 1989, p. 144, GÓMEZ INIESTA, La utilización abusiva de información privilegiada, 1997, p. 125; sobre la admisibilidad de las market (o second category) informations en la regulación italiana, SEMINARA, El nuevo delito de insider trading, 1998, p. 144; en relación al sistema francés, GIUDICELLI-DELAGE, en: Fs-Tiedemann, Das Insider-Delikt (...), 1994, p. 401; de otra opinión, ESTEVAN DE QUESADA, RGD (615), 1995, p. 13464; niegan la inclusión de las informaciones de mercado pese a la regulación actual, CALDERÓN SUSÍN, CuadDJ, 1996, p. 235; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, Delitos socioeconómicos. Comentario a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal 1996, p. 216; en la doctrina alemana, HOPT, BFuP (46), 1994, p. 90, planteaba la cuestión de si –a la luz de la Directiva 89/592– cabían dentro del concepto de información privilegiada las noticias económicas v. gr., la

los datos ajenos a la exigencia de concreción no podrán considerarse información privilegiada a los efectos del art. 81.1 LMV. En tal sentido, pues, la doctrina mayoritaria afirma que los simples rumores, v. gr., sobre la situación económica de la compañía emisora, deben excluirse del concepto penal y/o administrativo de información privilegiada^{12 13}.

En efecto, no basta que el sujeto lleve a cabo operaciones basándose en un simple rumor, aunque éste recaiga sobre valores o instrumentos negociados, sino que es preciso que se trate de datos **precisos, ciertos e idóneos** para influir en el precio de las cotizaciones, pues en caso contrario, no se trataría de una información concreta. Al respecto, podría formularse la cuestión de si los datos relativos a la *posibilidad* –rayana en la certeza– de realizar una futura operación, v. gr., un proyecto de inversión o una fusión, constituyen o no información de carácter concreto a los efectos del objeto material del art. 285 CP¹⁴. En este sentido, pues, hay quienes –como PRIETO DEL PINO–

resolución del Banco central sobre la modificación del tipo de descuento u otras noticias sobre determinados eventos políticos, como por ejemplo, el inicio de una guerra o la muerte del jefe de gobierno.

¹² Así, en la doctrina alemana, MÖLLER, BFuP (46), 1994, p. 104; IMMENGA, ZBB (2), 1995, p. 201; WEBER, BB (4), 1995, p. 163; LÜCKER, Der Straftatbestand des Mißbrauchs (...), 1998, p. 51 ss; VOLK, BB (2), 1999, págs. 66, 67, 69; SOESTERS, Die Insiderhandelsverbote (...), 2002, p. 139 ss; BERGMANN/DREES, StraFo (9), 2005, p. 365; así tb., antes de la regulación alemana actual, GRUNEWALD, ZBB (3), 1990, p. 132; en la doctrina italiana, SANGIOVANNI, ZStW (112), 2000, p. 166; en España, entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ADPCP, 1993, 1043; GÓMEZ INIESTA, La utilización abusiva de información privilegiada, 1997, p. 120; así tb., respecto del delito de iniciados en el § 161 StGB suizo, HURTADO POZO, en: Fs-Tiedemann, Der Mißbrauch von Insider-Informationen (...), 1994, p. 422; en la regulación francesa, GIUDICELLI-DELAGE, en: Fs-Tiedemann, Das Insider-Delikt (...), 1994, p. 401.

¹³ Vid. críticamente sobre la forma en que la doctrina ha venido interpretando el requisito de la precisión o concreción de la información, PRIETO DEL PINO, El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores, 2004, p. 338 ss.

¹⁴ Al respecto, resulta ilustrativa la STJUE de 3 mayo 2001 (TJCE 2001\126, Asunto C-28/99) en la que se analiza el caso “Verdonck y otros”, acusados del delito de uso de información privilegiada por haber adquirido acciones de Ter Beke NV (compañía de la cual eran miembros del consejo de administración), luego de que tras varias reuniones dicha sociedad aprobara la compra de Chilled Food Business (departamento de Unilever Belgium NV). Sin embargo, hay que destacar que los acusados adquirieron las acciones un mes antes (febrero/96) de que ambas compañía firmaran una declaración de intenciones (marzo/96), hasta que finalmente la venta se realizó en el mes mayo/1996; de igual forma, en este ámbito es muy ilustrativa la STJUE de 28 junio 2012 (TJCE\2012\163, Asunto C-19/11), que se pronuncia sobre el “Caso Geltl contra Daimler AG” (apartados 35 y 38), admitiendo la concurrencia de información privilegiada de carácter concreto, a partir de la proyección de un hecho futuro que, en virtud de una apreciación global de los elementos de información ya disponibles, tiene una perspectiva real de que existirá o se producirá. En concreto, se admite que “una fase intermedia que se inserta en un proceso prolongado en el tiempo puede constituir una información de carácter concreto (p. ej. las reuniones previas y manifestaciones sobre eventuales decisiones que afectan al consejo de administración de la sociedad); en el mismo sentido, en el caso enjuiciado en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo [RJ\2013\1371]), de 28 de enero 2013, el tribunal atribuyó el carácter concreto y privilegiado a la información obtenida por el iniciado, relativa a la posible futura inversión de un particular en el sector de las telecomunicaciones. De los hechos probados se deduce que el iniciado venía participando en las reuniones en las que se analizaba la **posibilidad de la inversión**, por lo que valiéndose de esa

admiten la posibilidad de que ciertos datos que aún no han alcanzado el grado de certeza necesario para ser publicados puedan incluirse dentro del concepto de información privilegiada, pese al futuro incierto de su ejecución, por lo que –desde esta perspectiva– los datos inciertos pero con relevancia para influir en las cotizaciones pueden considerarse informaciones de carácter concreto. Esto es así –a juicio de la citada autora– porque la concreción de las informaciones depende de su aptitud para incidir en las cotizaciones, con independencia de que los datos lleguen a constituirse en hechos reales¹⁵. Por su parte, en la doctrina alemana, IMMENGA señala que a la luz del § 13.1 WpHG sólo quedan abarcados por el concepto de información privilegiada aquellos datos que al menos son objetivamente fiables (auténticos)¹⁶ o, como sostienen BERGMANN/DREES, también pueden incluirse hechos futuros siempre y cuando haya una “probabilidad razonable” de su eventual concurrencia¹⁷.

Así mismo, se ha llegado a sostener que en determinadas situaciones será muy difícil fijar el momento en que una información deja de ser indeterminada y se convierte ya en un dato concreto, así por ejemplo, cuando el empleado de una sociedad está al tanto de las pérdidas de la misma, pero no sabe con exactitud a cuánto ascienden, por lo que en estos casos habrá que valorar este hecho en relación con otras características de la información privilegiada, particularmente con el requisito de la influencia (relevancia) de la información en la cotización de los valores¹⁸. A mi juicio, en el

información realizó la compra de dos paquetes de acciones, aunque dicha compra se produjo días antes de que se aprobara oficialmente la ampliación de capital proyectada.

¹⁵ Cfr. PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, págs. 340, 341; en parecidos términos, HERNÁNDEZ SAINZ, RDBB (71), 1998, p. 775, señala que aunque el éxito de una operación, v. gr., un proyecto de fusión, sea aleatorio, no por eso debe negarse el carácter privilegiado de la información. Al respecto, el art. 1.1 de la Directiva 2003/124/CE, de 22 diciembre (DOUE L 339/70), a los efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE (abuso de mercado), establece que deberá entenderse que la información es precisa cuando “indica una serie de circunstancias que se dan o pueden darse razonablemente o un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca (...)”.

¹⁶ *Vid.* IMMENGA, ZBB (2), 1995, p. 201.

¹⁷ BERGMANN/DREES, *StraFo* (9), 2005, p. 365; en parecidos términos, SANGIOVANNI, ZStW (112), 2000, p. 166. Sobre el grado de probabilidad de realización del hecho futuro, la STJUE de 28 junio 2012 (TJCE\2012\163, Asunto C-19/11), señala que para dilucidar si es razonable pensar que el hecho futuro ocurrirá o no hay que realizar, en cada caso, una valoración global de los elementos de la información ya disponibles, por lo que el art. 1, ap. 1 de la Directiva 2003/124, no puede interpretarse en el sentido de que se exige una alta probabilidad de que se produzca el hecho o acontecimiento; no obstante, indica que para garantizar la seguridad jurídica de los operadores del mercado, tampoco se puede considerar información concreta la referida a hechos o circunstancias cuya realización futura no sea probable (apartados, 41-52).

¹⁸ En este sentido, HERNÁNDEZ SAINZ, RDBB (71), 1998, p. 777, señala que aunque el carácter preciso de la información tiene una estrecha conexión con su relevancia para las cotizaciones, lo cierto es que se trata de elementos distintos, ya que mientras el primero valora datos concretos para distinguirlos de los rumores o suposiciones, el segundo se centra en el impacto de la información en los precios del mercado; PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*,

ejemplo propuesto, sí que se está –a los efectos de la LMV– frente a una información de carácter concreto, al margen de que su consideración como información privilegiada dependa, además, de la influencia de dicha información en las cotizaciones, requisito éste que será analizado posteriormente.

Como hemos apuntado, aunque el art. 285 CP no hace referencia expresa a esta característica, lo cierto es que la doctrina mayoritaria entiende que el carácter concreto de la información es presupuesto indispensable para llevar a cabo una interpretación restrictiva de la norma en atención al bien jurídico protegido por el delito de iniciados¹⁹. Pero además, quienes defienden la dependencia del carácter concreto de la información respecto de la relevancia que la misma pueda tener para las cotizaciones, valoran positivamente el hecho de que el art. 285 CP no haya recogido expresamente el requisito de la concreción o precisión de la información²⁰.

2. Relativa a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros o a uno o varios emisores de dichos valores negociables o instrumentos financieros

Hemos mencionado ya que la actual LMV establece que el carácter concreto de la información privilegiada está determinado por su exclusiva referencia a valores o instrumentos negociados o a los emisores de dichos valores o instrumentos, exigencia ésta que no se contempla en la descripción típica del art. 285 CP y que; sin embargo, ha sido tomada en consideración en la labor exegética del objeto material de las operaciones de iniciados, razón por la cual consideramos necesario realizar un breve análisis de este requisito. Así, el art. 81.1 LMV vuelve a utilizar la conjunción disyuntiva “o” en lugar de la anterior conjunción “y”, por lo que a la luz de esta regulación, la información puede ir referida o bien a valores o instrumentos o bien a emisores, pero no necesariamente a ambos. Ahora bien, es preciso determinar qué tipo

2004, p. 342, sostiene que el carácter concreto de la información se configura como una variable dependiente de su aptitud (o relevancia) para incidir en las cotizaciones. Ahora bien –sostiene– esta afirmación no sugiere prescindir del carácter concreto de la información, sino sólo negar su autonomía; por su parte, la STJUE de 28 junio 2012 (TJCE\2012\163, Asunto C-19/11), pone de manifiesto la relación simbiótica que existe entre estos dos elementos de la información privilegiada: su carácter concreto y la capacidad para incidir en las cotizaciones (apartados 29, 39, 52, 56), aunque señala que para determinar el nivel de concreción de la información privilegiada no es preciso tener en cuenta “la amplitud del efecto” de las circunstancias o hechos concurrentes en la cotización de los instrumentos financieros afectados.

¹⁹ En este sentido, FERRADIS CIPRIÁN/MARTÍNEZ GARAY, EPCr, 2003, p. 137.

²⁰ Así, PRIETO DEL PINO, El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores, 2004, págs. 342, 343.

de valores e instrumentos quedan incluidos dentro del concepto administrativo (y en su caso penal) de información privilegiada; sin embargo, hay que advertir antes que –a diferencia del art. 1 de la Directiva 89/592/CEE y en concordancia con el considerando 16, art. 1 de la Directiva 2003/6/CE– el art. 81.1 LMV establece que la información privilegiada debe referirse *directa* o *indirectamente* a los títulos o a los emisores, exigencia ésta que provocaría una sustancial variante en la interpretación del carácter concreto de la información.

En efecto, con la anterior regulación quedaban fuera del concepto de información privilegiada algunos datos sobre, por ejemplo, la economía nacional o algunas decisiones políticas en materia fiscal, pero en cambio sí podían ser abarcados por la norma algunas informaciones que tuvieran relevancia para la cotización de los títulos valores de una empresa “X”, aunque no se originaran en su seno, v. gr., las decisión de la Junta Directiva de la empresa “Z”, líder en el ramo textil, de lanzar una OPA sobre el 60% de las acciones de “X” o, la noticia de que dicha empresa sería obligada a pagar una multa millonaria por daños al medio ambiente. En ambos casos, se trata de informaciones que pese a surgir fuera del ámbito de la empresa afectada, lo cierto es que tienen una incidencia directa en la cotización de sus títulos valores, por lo que antes como ahora quedarían abarcadas por el concepto de información privilegiada.

Es evidente, pues, que antes de la regulación actual, el elemento normativo “información privilegiada” debía interpretarse más restrictivamente, aunque a mi juicio seguía siendo tan amplio que incluso algunos defendían –como hemos visto– que podían incluirse datos como las modificaciones de los tipos de interés o la situación del mercado de capitales, informaciones éstas que conciernen tanto a los emisores como a los instrumentos financieros²¹. Actualmente, el contenido de la información privilegiada es aún más amplio a la luz de la Directiva 2003/6/CE y de la LMV, ya que al bastar una referencia *indirecta* a valores o emisores, su ámbito de aplicación tiene un radio mayor de acción al punto que podrían incluirse –ahora sí– ciertos datos generales (económicos, jurídicos, políticos) siempre que pudieran incidir en la cotización de los títulos o que hicieran referencia a los emisores. Como hemos advertido, la nueva regulación induce a una interpretación excesivamente amplia del requisito de “concreción” que hemos analizado anteriormente, pues –como apunta PRIETO DEL PINO– bajo estos parámetros habría que calificar de información privilegiada incluso ciertos actos delictivos con

²¹ En este sentido, HOPT, BFuP (46), 1994, p. 90.

incidencia en la evolución de los mercados, aunque no fuera ésta precisamente la finalidad en dichas actividades delictivas, sino más bien un daño colateral^{22 23}.

3. Información no pública

Esta característica es precisamente la que induce a utilizar los adjetivos “privilegiada”, “reservada” o “confidencial” para referirse a la información no utilizable en bolsa, pues un dato no divulgado públicamente (*unpublisch information*) normalmente tendrá un círculo muy limitado de personas que debido a su posición privilegiada tienen acceso al mismo²⁴. Sobre este requisito se discute principalmente cuándo debe interpretarse que la información aún no es pública, habiéndose defendido diversas tesis, a saber: a) que la información es pública cuando se pone a disposición del mercado, es decir, desde el momento en que cualquier puede acceder a ella (criterio de la accesibilidad)²⁵; b) que sólo llega a ser pública cuando es efectivamente conocida por un número elevado de personas (criterio cuantitativo)²⁶; c) que la publicidad se alcanza hasta que los datos han sido suficientemente difundidos través de medios ampliamente extendidos (criterio de la difusión)²⁷ o; d) que la información es pública cuando se incorpora al precio de las cotizaciones, como producto de que los inversores han tomado

²² PRIETO DEL PINO, El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores, 2004, p. 337, propone como ejemplo el atentado terrorista del 11 de septiembre.

²³ En alusión a la legislación italiana, SEMINARA, El nuevo delito de insider trading en el ordenamiento jurídico italiano, 1998, p. 145, señala que la noción de información privilegiada adoptada por el legislador, intenta excluir la distinción entre *corporate* y *market informations*, de manera que todo hecho confidencial con capacidad para influir –directa o mediatamente– en el precio de las cotizaciones, podría ser considerado información privilegiada; así tb., SANGIOVANNI, ZStW (112), 2000, p. 166.

²⁴ Nótese, sin embargo, que el art. 285 CP utiliza la expresión “información relevante”, lo que se conecta directamente con la exigencia de que los datos sean idóneos para influir en las cotizaciones, pero que no sugiere la existencia del requisito de la no publicidad de la información, que a mi juicio sólo podría extraerse en todo caso de la exigencia típica del “acceso reservado” con ocasión del ejercicio de una actividad profesional o empresarial; en parecidos términos, GONZÁLEZ CUSSAC, DP PE, 1996, p. 480; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: Vives Antón (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, 1996, p. 1384; MUÑOZ CONDE, DP PE, 2004, p. 520. En contra, MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, Delitos socioeconómicos. Comentario a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal, 1996, págs. 217, 218.

²⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, PJ, 1988, p. 246; en alusión a la legislación italiana, SEMINARA, El nuevo delito de insider trading en el ordenamiento jurídico italiano, 1998, p. 144; en la doctrina alemana, HEISTERKAMP, DZWir (12), 1994, p. 520; WEBER, BB (4), 1995, p. 163; DIERLAMM, NSTz (11), 1996, p. 522; BERGMANN/DREES, StraFo (9), 2005, 365; aludiendo a la legislación suiza, FORSTMOSER, ZGR (1), 1989, p. 143.

²⁶ Así, FERRADIS CIPRIÁN/MARTÍNEZ GARAY, EPCr, 2003, p. 112; en la doctrina suiza, HURTADO POZO, en: Fs-Tiedemann, Der Mißbrauch von Insider-Informationen (...), 1994, p. 418; por su parte, MARTÍNEZ FLÓREZ, EJB, 1995, p. 3558, señala la posibilidad de aplicar esta tesis, aunque finalmente alega que la LMV asume el criterio de que la información es pública sólo cuando se ha dado a conocer formalmente a los medios (v. gr., mediante una comunicación a la prensa, poniendo así el acento en la divulgación).

²⁷ Cfr. sobre el criterio de la difusión (strictu y lato sensu) en la doctrina y jurisprudencia francesa, HERNÁNDEZ SAINZ, RDBB (71), 1998, págs. 773, 774; SCHÖDERMEIER/WALLACH, EuZW (4), 1990, p. 123, señalan que la información es públicamente conocida cuando es ampliamente difundida por los medios de comunicación; sin embargo, advierte que el criterio de la difusión sólo es útil cuando el público también ha tenido la posibilidad de reaccionar a la publicación de la información.

en cuenta tales datos en sus decisiones (criterio del mercado eficiente)²⁸. Esta discusión tiene una importancia trascendental, ya que la determinación del momento en que la información es ya pública, no privilegiada por tanto, será determinante para comprobar la existencia del objeto material del delito de iniciados.

En principio, la primera hipótesis parece la más factible, ya que cualquier inversor que tenga la posibilidad de acceder a la información tendrá las condiciones necesarias para tomar decisiones de inversión o desinversión; no obstante, si sólo tomamos en consideración el dato de la “accesibilidad” del público a la información, no podríamos calificar como *insider trading* las operaciones realizadas por el iniciado tan sólo momentos después de que la información ha sido puesta a disposición del público. Esto no sería un problema si entendemos que los participantes en el mercado tienen que ser lo suficientemente diligentes como para estar pendientes de cada información con relevancia bursátil, pero también sería desconocer que la ventaja cognoscitiva del iniciado no desaparece por el simple hecho de que la información haya sido puesta a disposición del público, pues –a diferencia del *outsider*– éste podrá reflexionar con mayor serenidad sobre las operaciones que desea efectuar; en consecuencia, creemos que la publicidad de la información no se alcanza en el momento en que el inversor puede acceder a la misma. Frente a esto, HERNÁNDEZ SAINZ sostiene que lo fundamental es que la información sea puesta a disposición del público, siendo irrelevante el medio por el que se accede a ésta, por lo que una información a la que se tiene libre acceso será ya una información pública, y esto al margen de que la sociedad tenga o no obligación de emitir un comunicado oficial²⁹.

Aunque la doctrina mayoritaria defiende este primer criterio, hay quienes –como FARALDO o CALDERÓN SUSÍN– advierten que lo difícil será determinar qué grado de difusión ha de tener la información para poder ser considerada accesible, sugiriendo que por “información no pública” debe entenderse aquella que no ha sido “notificada, divulgada o publicada”; desde esta perspectiva, pues, serán los tribunales los que

²⁸ Así, GÓMEZ INIESTA, La utilización abusiva de información privilegiada, 1997, págs. 132, 133, señala que este criterio tiene el inconveniente de que atendiendo a la complejidad o sencillez de la noticia será preciso invertir más o menos tiempo para reflexionar sobre la operación, así pues, el establecimiento de un período de espera (*waiting period*) podría suponer un lapso muy breve de tiempo frente a noticias complejas o uno demasiado extenso frente a noticias más simples. En contra de este criterio, PRIETO DEL PINO, El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores, 2004, págs. 320, 321, señala que su admisión es incompatible con la protección del bien jurídico “justicia informativa”.

²⁹ HERNÁNDEZ SAINZ, RDBB (71), 1998, p. 774; *vid.*, críticamente sobre esta postura, PRIETO DEL PINO, El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores, 2004, p. 322 n. 75.

determinarán –a la luz de la difusión más o menos amplia de los datos– si estamos o no frente a una información privilegiada³⁰. Esta cuestión enlaza directamente con la 2ª y 3ª hipótesis, pues una noticia ampliamente difundida por los medios de comunicación será correlativamente una información conocida por un elevado número de personas; sin embargo, consideramos que por mucho que los medios informativos de prestigio divulguen una noticia que afecta a los mercados, ésta no pasará de ser una mera especulación si no viene contrastada con los datos publicados por los organismos oficiales. Así mismo, la determinación de si una información es ya pública no debe ceñirse al número de personas que tengan conocimiento efectivo de la misma, ya que además de ser un parámetro de difícil constatación, no constituye *per se* un baremo objetivo³¹.

Con relación a la cuarta hipótesis, exponente de la teoría económica de los mercados eficientes, la información es pública cuando se refleja en los precios del mercado, ya que si el dato relevante ha llegado un gran número de inversores, necesariamente se producirá una variación del precio de las cotizaciones, por lo que – desde esta perspectiva– una información es pública sólo si ha sido asumida por el precio del mercado, momento en el cual desaparece la posibilidad de que el iniciado obtenga beneficios económicos³². Esta propuesta interpretativa tiene el inconveniente de que siempre habrá sujetos que realicen operaciones con la información relevante antes de que el mercado refleje la incorporación de los datos en el precio de las cotizaciones, por lo que habría que calificar de *insider trading* tales operaciones, lo que carece de toda lógica, pues ello supondría una limitación injustificada para el inversor diligente que ha sabido interpretar hábilmente los datos y procurarse con ello beneficios económicos legítimos³³. En realidad, el inversor diligente actúa legalmente sobre la base de su experiencia y habilidad, por lo que no puede afirmarse que goce de una ventaja cognoscitiva ilegítima o abusiva respecto de los demás inversores, como sí ocurre en el

³⁰ Cfr. FARALDO CABANA, EPCr, 1995, págs. 92-94; CALDERÓN SUSÍN, CuadDJ, 1996, p. 234.

³¹ En contra del criterio cuantitativo, HERNÁNDEZ SAINZ, RDBB (71), 1998, p. 773.

³² Vid. ampliamente sobre esta tesis, MARTÍNEZ FLÓREZ, RDM (202), 1991, págs. 820, 821.

³³ Así, IMMENGA, ZBB (2), 1995, p. 203; QUINTANAR DÍEZ, CPC (88), 2006, p. 184; en Italia, SANGIOVANNI, ZStW (112), 2000, p. 166; en el mismo sentido, el considerando 31 de la Directiva 2003/6/CE (DOUE L 96/18), señala que no se considera información privilegiada los análisis y estimaciones elaborados a partir de datos públicos; así tb., en la legislación alemana, el § 13.2 WpHG establece que una estimación realizada a partir de conocimientos cuyunturales públicos, no es una información privilegiada, incluso aunque pueda influir considerablemente en el curso de las cotizaciones.

caso de los iniciados; por tanto hay que descartar la exigencia de publicidad de la información en sentido económico³⁴.

A mi juicio, debe interpretarse que la información es **pública desde** el momento en que se pone a disposición del mercado a través de medios informativos oficiales³⁵, a lo que habría que añadir la exigencia de que **hubiera transcurrido un periodo prudencial de tiempo entre la publicación y el conocimiento** de los datos por el público, no siendo necesario, sin embargo, que la información sea conocida y utilizada por un amplio número de participantes en el mercado³⁶, pues de ser así estaríamos restringiendo excesivamente el ámbito del objeto material cuando, por ejemplo, la información sólo llega a ser conocida por un reducido grupo de sujetos no iniciados³⁷.

4. Información idónea para influir de manera apreciable en la cotización de valores negociables o instrumentos financieros

Por último, el art. 81.1 LMV exige que la información privilegiada sea idónea para influir en la cotización de los títulos valores, de manera que la noticia debe incidir sustancialmente en el precio de las cotizaciones (*price sensitive information*), pues de lo contrario ya no tendría el carácter de información privilegiada, aun cuando sí

³⁴ En este sentido, ESTEVAN DE QUESADA, RGD (615), 1995, p. 13462.

³⁵ DIERLAMM, NStZ (11), 1996, p. 522; BERGMANN/DREES, StraFo (9), 2005, p. 365, sugieren que la publicidad requiere la instauración de un sistema de información electrónica (v. dpa o Reuters) o la publicación obligatoria de la información en una página de la Bolsa o en un diario federal; en este sentido, el art. 6.1 párrafo 2º de la Directiva 2003/6/CE establece que “(...) los Estados miembros velarán por que los emisores hagan figurar en sus sitios Internet durante un período adecuado cualquier información privilegiada que deban publicar”.

³⁶ WEBER, BB (4), 1995, p. 163, señala que se ha propuesto una publicación o anuncio sobre la cotización bursátil a través de medios publicitarios (v. gr., prensa, radio, televisión) por período de entre 12 y 24 horas; GÓMEZ INIESTA, La utilización abusiva de información privilegiada, 1997, págs. 133, 134, admite la posibilidad de aceptar como vía de interpretación el denominado “período de espera” (*waiting period*), entendido como el lapso de tiempo necesario para que el mercado pueda absorber la noticia y traducirla en términos de inversión; en la doctrina suiza, HURTADO POZO, en: Fs-Tiedemann, Der Mißbrauch von Insider-Informationen (...), 1994, p. 418, sostiene que hay unanimidad en que el factor tiempo es determinante; sobre esta cuestión en la jurisprudencia americana, *vid.*, el caso SEC v. Texas Gulf Sulphur Co. (401 F.2d 833 (2d Cir. 1968), en el que los iniciados negociaron pocos minutos después de que la información fue comunicada a la prensa, el Tribunal estableció que aunque la noticia fuese publicada a través de un anuncio formal en la prensa financiera, los iniciados debían esperar a la *dissemination* de la información; por su parte, en el caso Billard v. Rockwell International Corporation (683 F.2d 51 (2d Cir. 1982), el mismo Tribunal resolvió lo contrario en el supuesto relativo a una OPA.

³⁷ En este sentido, ESTEVAN DE QUESADA, RGD (615), 1995, p. 13461; SEMINARA, El nuevo delito de *insider trading*, 1998, p. 144; PRIETO DEL PINO, El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores, 2004, págs. 322, 323, propone que una información pierde su carácter privilegiado cuando, además de haberse publicado, se encuentre a disposición de los inversores, a lo que habría que añadir la exigencia de que haya transcurrido un “lapso temporal suficiente” para que el inversor diligente haya tenido tiempo de asimilarla, para lo cual será preciso atender a criterios de “razonabilidad”.

concurrieran las demás exigencias, esto es, la concreción, la referencia a valores o emisores y la no publicidad (reserva)³⁸; en consecuencia, pues, la aptitud de la información para influir en el proceso de formación de precios es, sin duda alguna, el filtro definitivo que habrá que superar para determinar si estamos o no frente a una información privilegiada, aunque debe advertirse que no es tarea fácil³⁹. Es preciso mencionar que este requisito no se encuentra recogido expresamente en la descripción típica del art. 285 CP que sólo alude a una “información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados”, por lo que habrá que determinar si existen diferencias sustanciales entre las formulaciones acogidas por la LMV y el art. 285 CP o si, por el contrario, ambas pueden ser interpretadas en el mismo sentido.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que –como hemos mencionado– el art. 82.1 LMV adoptó expresamente el término “información relevante”, en lugar de la anterior referencia a “hechos o decisiones que pudieran influir en la cotización de los valores”; así pues, tal modificación podría interpretarse como un intento de dotar de mayor concreción al concepto de información relevante establecido en el art. 285 CP, fijando de esa manera, las pautas para llevar a cabo una inequívoca labor interpretativa. Pero habría que cuestionar si en realidad existen diferencias sustanciales entre la exigencia del art. 81.1 y el concepto de información relevante del art. 82.1 LMV. Así, mientras el primero exige que la información sea idónea para influir de manera apreciable en la cotización de los valores negociables, el segundo precepto entiende por información relevante “toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario”. En tal sentido, pues, resulta

³⁸ Así, IMMENGA, ZBB (2), 1995, págs. 202, 203; SANGIOVANNI, ZStW (112), 2000, p. 166; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, DPE, 2001, p. 529.

³⁹ Vid. críticamente sobre el concepto de información relevante para las cotizaciones, MORA DEL RIO, BEE (133), 1988, p. 93, quien sostiene que esta terminología deja un amplio margen de interpretación a los jueces y, por tanto, supone la inseguridad jurídica de los participantes en el mercado; en la doctrina alemana, HEISTERKAMP, DZWir (12), 1994, p. 520, destaca que el carácter relevante de la información no siempre es claro, por lo que su contenido debe ser formulado; así mismo, plantea las dudas respecto de la constitucionalidad de esta exigencia en atención al mandato de certeza; IMMENGA, ZBB (2), 1995, págs. 202, 203, considera que el carácter “relevante para las cotizaciones” es un concepto legal indeterminado que ocasiona una confusión cuantitativa al momento de determinar si estamos o no frente a una información privilegiada, aunque admite que con esta característica se pretende excluir la delincuencia bagatela y otros datos que pese a su eventual influencia en las cotizaciones no encajan dentro del objeto material; WEBER, BB (4), 1995, p. 164, señala que la definición legal de información privilegiada no contiene ningún punto de apoyo concreto para determinar la “relevancia” de los datos en el precio de las cotizaciones, se trata –a su juicio– de un concepto legal indeterminado que deberá ser completado por la jurisprudencia; DIERLAMM, NStZ (11), 1996, p. 522, alega que lo especialmente difícil es la indeterminación del carácter “relevante” de la información para influir en el precio de las cotizaciones.

evidente la similitud entre el último requisito de la información privilegiada (art. 81.1 LMV) y el concepto de información relevante (art. 82.1 LMV), por lo que si admitimos –con la doctrina absolutamente mayoritaria– que el objeto material del delito de iniciados debe interpretarse partiendo del concepto de información privilegiada establecido en la LMV, entonces la coexistencia de ambas fórmulas no traería ninguna consecuencia trascendental.

a) Criterios para constatar la “idoneidad” de la información para influir en el precio de las cotizaciones

En este ámbito, la doctrina también propone una serie de criterios a través de los cuales se pretende determinar con más o menos precisión si una información concreta sobre valores o emisores es “idónea” para incidir sustancialmente en el precio de las cotizaciones, para lo cual se esgrimen pautas valorativas que conducen, por un lado, al análisis cualitativo de la información, bien desde una perspectiva objetiva o subjetiva y, por otro lado, a la determinación del *momento* en que ha de realizarse tal labor valorativa. Así pues, expondremos separadamente cada uno de estos extremos con sus respectivas críticas.

1) Pues bien, en cuanto al *análisis cualitativo de la información* la doctrina ha propuesto fundamentalmente dos criterios, a saber: el llamado *criterio subjetivo* (realmente subjetivo-general y por tanto objetivo: razonabilidad objetiva) en virtud del cual una información será relevante para las cotizaciones cuando a juicio de un inversor sensato y razonable (*reasonable man*) tales datos influirían sustancialmente en los precios de los títulos valores⁴⁰ y; el *criterio objetivo* (realmente objetivo-material) en el que lo determinante es la *aptitud* de la información para influir en las cotizaciones, es decir, se atiende a la incidencia objetiva que tiene la información en las cotizaciones una vez que ha sido publicada⁴¹. La LMV parece inclinarse por la “fórmula subjetiva”, ya que en su art. 82.1 prescribe que información relevante es “toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir

⁴⁰ Así, entre otros, *vid.* los casos SEC v. Texas Gulf Sulphur (401 F.2d 833 (2d Cir. 1968); List v. Fashion Park, Inc. (340 F.2d 457, 462 (1965); SEC v. Bausch & Lomb Inc. (565 F.2d 8, 15 (2d Cir. 1977); Harkavy v. Apparel Indus. Inc. (2 Cir. 1978, 571 F.2d 737, 741).

⁴¹ *Vid.* Sobre la aplicación de este criterio en la Corte de Casación francesa, HERNÁNDEZ SAINZ, RDBB (71), 1998, p. 778.

valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario”⁴².

El recurso a formulaciones de índole subjetiva ha sido ampliamente criticado, principalmente, por su alto grado de indeterminación y por los efectos contradictorios que podría generar en la labor interpretativa del objeto material. En efecto, el criterio del “inversor razonable” carece de un contenido inequívoco, pues una misma información sobre determinados títulos podría ser considerada relevante para un inversor poco habilidoso e irrelevante para un intermediario financiero con vasta experiencia, lo que sugiere la existencia de distintos parámetros de valoración utilizados por quienes concurren al mercado bursátil; a lo que habría que añadir también que no todas las informaciones reflejan con suficiente claridad la nota de relevancia (*materiality*), así, por ejemplo, el lanzamiento de una OPA representa sin duda alguna una información claramente idónea para influir en el precio de las cotizaciones, en cambio, una información genérica sobre un hecho futuro –aunque con posibilidad real de verificarse– podría sugerir solamente una *posible* influencia sobre las cotizaciones⁴³.

En consecuencia, pues, la doctrina mayoritaria parece inclinarse por el criterio objetivo-material⁴⁴, aunque también puede sostenerse que –como señala un sector– ambas formulaciones son coincidentes, por cuanto no es posible analizar objetivamente la idoneidad de la información para influir en las cotizaciones sin tomar en cuenta las consideraciones de los inversores, cuyas decisiones de inversión o desinversión reflejan precisamente la relevancia objetiva de la información en las operaciones bursátiles; así pues, cuando el intérprete valora la “relevancia” de la información también está tomando en consideración las valoraciones del inversor^{45 46}.

⁴² Así, QUINTANAR DÍEZ, CPC (88), 2006, págs. 184, 185; a juicio de BENÍTEZ ORTÚZAR (en: Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código penal, 1999, p. 361), esta fórmula sigue siendo excesivamente amplia e imprecisa.

⁴³ *Vid.*, críticamente sobre la formulación del inversor razonable, MARTÍNEZ FLÓREZ, RDM (202), 1991, 817 ss; ESTEVAN DE QUESADA, RGD (615), 1995, p. 13463; HERNÁNDEZ SAINZ, APen (9), 1997, p. 195.

⁴⁴ Así, HURTADO POZO, en: Fs-Tiedemann, Der Mißbrauch von Insider-Informationen (...), 1994, p. 418; DIERLAMM, NStZ (11), 1996, p. 522; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: Vives Antón (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, 1996, p. 1384; MÜHLBAUER, Wistra (5), 2003, p. 171.

⁴⁵ Cfr. JERICÓ OJER, Utilización de información privilegiada, 2002, p. 186; PRIETO DEL PINO, El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores, 2004, p. 329; QUINTANAR DÍEZ, CPC (88), 2006, págs. 184, 185.

⁴⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, RDM (202), 1991, p. 817 n. 35; HERNÁNDEZ SAINZ, APen (9), 1997, p. 196 n. 84; MARTÍN PALLÍN, CuadDJ (14), 1997, p. 153; cfr. al respecto, el recurso al criterio de la “Probability/Magnitude” en el caso *Shapiro v. Merrill Lynch* (1974), en el que se resolvía sobre un proyecto de fusión todavía incierto, pero que reflejaba cuantiosas ganancias.

Por otro lado, un sector ha propuesto un criterio cuantitativo para determinar la idoneidad de la información y, en tal sentido, se alega que *de lege lata* la relevancia típica de la información está supeditada a la obtención de un beneficio superior a 600.000 euros o a la causación de un perjuicio de idéntica suma, dicho de otro modo: si la información que se utiliza para realizar operaciones bursátiles no produce el beneficio-perjuicio típico, entonces ya no será información relevante a los efectos del art. 285 CP, y esto por mucho que los datos confidenciales sí hubieran influido sustancialmente en el precio de los títulos valores, lo que sí podría dar lugar a una sanción administrativa⁴⁷. Es evidente que esta interpretación vale para quienes defienden que el beneficio-perjuicio constituye una condición objetiva de punibilidad⁴⁸, pero no para el sector que entiende que se trata de un resultado típico, pues desde esta perspectiva la información sería ya relevante en el sentido del art. 285 CP y realizaría esa parte del tipo objetivo, es decir, entraría ya en la tentativa, desde el momento en que es idónea para influir en el precio de las cotizaciones, con independencia de que el iniciado obtenga un beneficio o cause un perjuicio superior a 600.000 euros, que será el resultado consumativo.

2) En cuanto al *momento* en el que debe realizarse el juicio valorativo sobre la cualidad de la información, es preciso tener en cuenta que el análisis sobre la idoneidad de la información para las cotizaciones sugiere la realización de un juicio *ex ante*, lo que implica una valoración cualitativa de la información atendiendo al momento en que el iniciado la ha utilizado v. gr., emitiendo una orden de compra, siendo irrelevante que la misma, una vez divulgada, influya o no en la cotización o que los hechos a los que se refiere no lleguen a producirse en la práctica⁴⁹. Esto es así porque –como destaca HERNÁNDEZ SAINZ– lo contrario supondría condicionar la trascendencia penal de la conducta a hechos ajenos a la voluntad del agente, pues “la información puede no llegar a ser divulgada o puede filtrarse en los precios a través de otros mecanismos (...)”⁵⁰. Sin

⁴⁷ CALDERÓN SUSÍN, CuadDJ, 1996, p. 235, plantea sólo la cuestión.

⁴⁸ Así, por ejemplo, MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, Delitos socioeconómicos. Comentario a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal, 1996, págs. 216, 217, 219.

⁴⁹ En este sentido, en la doctrina alemana, KÜMPEL, WM, 1994, págs. 2137, 2140; ASSMANN, ZGR, 1994, págs. 494, 514; CASPARI, ZGR, 1994, p. 540; IMMENGA, ZBB (2), 1995, p. 202; DIERLAMM, NStZ (11), 1996, p. 522; en la doctrina española, entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, EJB, 1995, p. 3559; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: Vives Antón (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, 1996, p. 1385; FARALDO CABANA, EPCr, 1995, p. 95.

⁵⁰ Cfr. HERNÁNDEZ SAINZ, RDBB (71), 1998, p. 778; en la doctrina española asumen también el criterio del juicio *ex ante*, FARALDO CABANA, EPCr, 1995, p. 96; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en: Vives Antón (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, 1996, págs. 1384, 1385; GÓMEZ INIESTA, La utilización abusiva de información privilegiada, 1997, págs. 128, 129; JERICÓ OJER, Utilización de información

embargo, desde el punto de vista gramatical se ha sostenido que la expresión “hubiera influido” sugiere la posibilidad de recurrir a un juicio *ex post* para determinar si la información era o no relevante para las cotizaciones⁵¹.

3) En la doctrina alemana se ha planteado la necesidad de recurrir a un *criterio cuantitativo* fijo que permita determinar el nivel de “relevancia” de la información para influir en el precio de las cotizaciones y así poder afirmar o negar el carácter privilegiado de la misma a los efectos de la *Insiderhandelsverbot* regulada en los §§ 13.1, 14.1.1 y 38.1.1 WpHG. En este sentido, pues, autores como ASSMANN⁵², CLAUSSEN⁵³, WEBER⁵⁴, CASPARI⁵⁵, HOPT⁵⁶, IMMENGA⁵⁷, DIERLAMM⁵⁸, CAHN⁵⁹ o BERGMANN/DREES⁶⁰ han propuesto el establecimiento de una tarifa porcentual estable para concretar el umbral de “relevancia” de la información, sugiriéndose al efecto un *límite mínimo del 5% en la variación del precio base*; dicho de otra forma: si los precios sufren una variación de al menos el 5% estaremos ya frente a una información “relevante”⁶¹. A favor de esta fórmula, DIERLAMM alega razones pragmáticas y de seguridad jurídica, por lo que –a su juicio– es imprescindible recurrir a esta propuesta de interpretación como **medida orientativa** para determinar el nivel de relevancia de la información, pues tiene la ventaja de que proporciona un manejo práctico del régimen legal; sin embargo, admite que eventualmente puede prescindirse de esta fórmula y, en

privilegiada, 2002, p. 186; PRIETO DEL PINO, El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores, 2004, p. 326; en la doctrina suiza, HURTADO POZO, en: Fs-Tiedemann, Der Mißbrauch von Insider-Informationen (...), 1994, p. 418; en Italia, SANGIOVANNI, ZStW (112), 2000, p. 166.

⁵¹ Cfr. al respecto, MARTÍNEZ FLÓREZ, RDM (202), 1991, p. 818. A favor del juicio *ex post*, VALENZUELA GARACH/PEINADO GRACIA, La utilización abusiva de informaciones confidenciales y privilegiadas en los mercados de valores, 1991, p. 34; ESTEVAN DE QUESADA, RGD (615), 1995, p. 13464, entiende que la realización de valoraciones posteriores no supone –a su juicio– ningún inconveniente para la labor de interpretación judicial, ya que cuando el juez tenga que valorar si la información era relevante para las cotizaciones, ésta ya será pública y se podrá comprobar si de hecho ha influido o no en las mismas.

⁵² ASSMANN, AG, 1994, p. 244; ZGR (3), 1994, p. 515.

⁵³ CLAUSSEN, DB (1), 1994, p. 30.

⁵⁴ WEBER, BB (4), 1995, p. 163.

⁵⁵ CASPARI, ZGR (3), 1994, p. 541.

⁵⁶ HOPT, ZHR (159), 1995, p. 154.

⁵⁷ IMMENGA, ZBB (2), 1995, p. 203.

⁵⁸ DIERLAMM, NStZ (11), 1996, p. 522.

⁵⁹ CAHN, ZHR (162), 1998, p. 18.

⁶⁰ BERGMANN/DREES, StraFo (9), 2005, p. 366.

⁶¹ El origen de este 5% está determinado por los usos comerciales en el ámbito del mercado de valores alemán, según que el anuncio en la variación de los precios proyecte un excedente (Plus) o un déficit (Minus). Cfr. al respecto, MÖLLER, BFuP (46), 1994, p. 106; KÜMPEL, WM (48), 1994, p. 2140; CASPARI, ZGR (3), 1994, p. 541; WEBER, BB (4), 1995, p. 164; IMMENGA, ZBB (2), 1995, p. 203 n. 95; HOPT, ZHR (159), 1995, p. 154 n. 80; CRAMER, Fs-Otto, Strafbarkeit der Ausnutzung (...), 1996, p. 330 n. 27; DIERLAMM, NStZ (11), 1996, p. 522 n. 28; SÜBMANN, AG (2), 1997, p. 64 n. 2; CAHN, ZHR (162), 1998, p. 18; ASSMANN, Wertpapierhandelsgesetz Kommentar (§§ 13, 14), 2006, p. 63.

su lugar, atender a otros factores cuando la especial coyuntura del caso concreto así lo merezca⁶².

El criterio del porcentaje fijo desde luego permite una mayor concreción que la fórmula que propone resolver la cuestión de la relevancia “sobre la base de la *experiencia de la vida*” (*unter Zugrundelegung der Lebenserfahrung*), pues evidentemente esta última deja un margen de indeterminación tan amplio que su utilización resulta incompatible con las exigencias de seguridad jurídica que deben prevalecer en todo Estado constitucional⁶³; no obstante, hay quienes prefieren valorar la idoneidad de la información en atención a las características del caso concreto, pues entienden que el criterio de la escala fija no es equitativo debido a que cada título valor podría –en virtud de muchos factores– presentar una fluctuación distinta⁶⁴; además –señala *Süßmann*– quienes proponen establecer un límite fijo del 5% o del 10% omiten tener en cuenta que la idoneidad para influir en el precio de las cotizaciones debe ser abarcada por el dolo del autor, por lo que, al establecerse dicho límite, cualquier presunto autor podría sostener que no tenía ninguna intención de provocar semejante reacción en la formación de los precios y, en tal sentido, el delito sería muy rentable⁶⁵.

Por último, hay quienes proponen realizar el examen de la idoneidad de la información para influir en las cotizaciones con ayuda de un *catálogo de hechos relevantes establecido en la ley*⁶⁶; frente a esto, CRAMER señala que un catálogo así sólo ofrece un punto de apoyo, ya que de todas formas habrá que atender al caso concreto, aunque admite que tal forma de operar facilitaría la prueba del dolo: resulta que si el autor sabe que un hecho relevante no conocido públicamente está indicado en el catálogo, actuará en todo caso con dolo eventual cuando el hecho relevante no es tratado por él como una información privilegiada⁶⁷.

⁶² Cfr. DIERLAMM, NStZ (11), 1996, p. 522, quien sugiere que a este 5% habría que añadir otro 5% en concepto de un “recargo de seguridad” que se deriva, por un lado, de la potencial fluctuación de los títulos valores y, por otro, para compensar las incertidumbres inevitables de las previsiones; en consecuencia, el nivel de relevancia exigible debería ser –a su juicio– del 10%; así tb., proponían ya un porcentaje de relevancia del 10%, CLAUSSEN, DB (1), 1994, p. 30; HOPT, ZHR (159), 1995, p. 154 n. 80, hablaba de un criterio de relevancia de 5% hasta 10%; CRAMER, en: Fs-Otto, Strafbarkeit der Ausnutzung (...), 1996, p. 330, retoma el 5% añadiéndole un 1.5% más del valor nominal anunciado.

⁶³ Sobre esta propuesta de interpretación, *vid.* WEBER, BB (4), 1995, p. 164; DIERLAMM, NStZ (11), 1996, p. 522.

⁶⁴ Sobre las críticas a esta fórmula, *vid.* KÜMPEL, WM (48), 1994, págs. 2140, 2141; KOHLMANN, en: Fs-Viergege, Das Strafrecht (...), 1995, p. 454; SÜßMANN, AG (2), 1997, p. 64.

⁶⁵ SÜßMANN, AG (2), 1997, p. 64.

⁶⁶ KÜMPEL, WM (48), 1994, p. 2141; WEISGERBER, WM, 1995, p. 20.

⁶⁷ CRAMER, Fs-Otto, Strafbarkeit der Ausnutzung (...), 1996, p. 331.

A nuestro juicio, la cuestión de la idoneidad (o relevancia) de la información para influir en la cotización de los valores debe ser resuelta, en principio, con arreglo a un criterio mixto, **objetivo-sujetivo**, ya que –por un lado– no es posible desconocer que una información sólo es relevante cuando objetivamente puede incidir en el precio de las cotizaciones y, por otro, que la creencia errónea del iniciado sobre la idoneidad de la información para las cotizaciones permite la punibilidad de la tentativa relativamente inidónea; sumado a esto, no podemos desconocer que la fórmula subjetiva de la creencia razonable del inversor es la medida adoptada por la LMV; sin embargo, la aplicación exclusiva de este último criterio conduciría a afirmar la punibilidad por *insider trading* cuando, por ejemplo, el inversor –convencido de la relevancia de la idoneidad de la información para incidir en el precio de los valores– compra o vende títulos valores basado en una información que objetivamente no tenía ninguna incidencia, siquiera mediata, en el precio de las cotizaciones. De esta forma, pues, el criterio subjetivo no debe ser predominante en la determinación de la idoneidad o relevancia de la información para la cotización de los valores. Con relación al **momento** en el que debe realizarse el juicio valorativo sobre la idoneidad de la información, consideramos que debe analizarse desde una perspectiva *ex ante*, ya que sólo así procedería el castigo de la tentativa inidónea, pues desde una perspectiva *ex post* toda información no relevante para influir en el precio de las cotizaciones aparece como inocua para alcanzar la lesión del bien jurídico protegido en las operaciones de iniciados.

Por su parte, el establecimiento de una tarifa porcentual estable, de 5% o 10% respecto de la variación del precio base de los títulos, para determinar la relevancia de la información es un criterio plausible y desde luego revestido de mayor concreción que otras fórmulas más imprecisas como, por ejemplo, la que alude a la “la experiencia de la vida”. Que una cifra estable tenga que ser abarcada por el dolo del sujeto no supone –a nuestro juicio– problemas de excesos punitivos cuando, por ejemplo, el agente en verdad creía que sus operaciones no superarían una determinada cuantía, ya que tal conducta podría ser castigada como tentativa, habida cuenta de que el delito del art. 285 CP se consuma con la obtención de un beneficio o la causación de un perjuicio de 600.000 euros. Por último, consideramos que la propuesta relativa al establecimiento de un catálogo de hechos relevantes, sólo podría servir como medida orientativa *ad exemplum*, ya que sería un despropósito el intentar establecer un listado taxativo de

hechos relevantes, pues la variación de las cotizaciones puede derivarse de múltiples e imprevisibles factores.

* * * * *

La motivación y contenido del auto por el que se acuerda la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado. Perspectiva jurisprudencial¹

~Prof. Dr. Fernando de la Fuente Honrubia~

Magistrado. Profesor Asociado Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA). Socio de la FICP.

~Alfonso Allué Fuentes~

Juez Sustituto adscrito a la Audiencia Provincial de Alicante. Socio de la FICP.

I. INTRODUCCIÓN

El auto en virtud del cual el Juez instructor decide dar por finalizada la instrucción por la concurrencia de indicios racionales de criminalidad, determinando que las actuaciones continúen por los trámites del procedimiento abreviado, ha suscitado entre la doctrina y la jurisprudencia dudas sobre si el mismo tiene un mero alcance de adecuación procedimental o si, por el contrario, supone una resolución de contenido material con verdadero alcance sustantivo en el proceso penal.

II. ¿QUÉ MOTIVACIÓN Y CONTENIDO DEBE TENER EL AUTO DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO?

Una vez que durante la fase instructora han sido practicadas todas las diligencias que se han estimado oportunas a los efectos del art. 299 Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim.), esto es, averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y las circunstancias conducentes a su calificación, así como la culpabilidad de los delincuentes y el aseguramiento de sus personas y de sus responsabilidades pecuniarias, nos indica el art. 779.1 del mismo texto legal que el Juez instructor adoptará mediante auto, entre otras que también pudieran proceder, la siguiente resolución:

4ª. Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente (esto es, el procedimiento abreviado). Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775.

La prescripción legal acerca de la conformación del auto que transforma las diligencias previas en procedimiento abreviado no puede ser más clara: su motivación ha de extenderse a la **determinación de los hechos punibles** y a la

¹ Artículo publicado en el Boletín de la Comisión Penal, Jueces para la Democracia, 5, 2013.

identificación de la persona a quien se imputan (habiéndole recibido previa declaración sobre los mismos), lo que contribuye a subrayar y a conformar **el objeto del proceso** en sus dimensiones objetiva (concreción de los hechos imputados) y subjetiva (en cuanto al aspecto pasivo de la legitimación: la identificación del imputado y la garantía de su derecho de defensa, toda vez que es conocedor de los hechos que se le atribuyen).

De esta suerte aflora en el auto de transformación una **naturaleza probabilística**, por cuanto consiste en un juicio adelantado acerca de la probabilidad de que sobre determinada persona recaiga una responsabilidad penal, si bien se trata de un mero juicio de inculpación formal realizado por el Juez instructor sin aspiración alguna a suplantar o a sustituir al Ministerio Fiscal, que es a quien compete en su caso formular la acusación *sensu stricto* previo traslado de las actuaciones y una vez que el propio auto declara conclusa la instrucción y la continuación de aquéllas a través de la fase intermedia².

Requiere, pues, el auto de transformación en procedimiento abreviado que se especifiquen los “hechos punibles” atribuidos al imputado. Dicho relato fáctico no

² Así lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuya **Sentencia 1061/2007, de 13 de Diciembre**, expone lo siguiente en su Fundamento de Derecho Tercero: “La determinación del objeto del proceso constituye, sin la menor duda, una cuestión esencial del mismo. De ahí la importancia que, en el presente caso, ha de reconocerse a la interpretación de los artículos anteriormente citados, de modo especial al art. 779.1.4ª de la Lecrim., en cuanto en el mismo se dispone que la correspondiente decisión del Juez de Instrucción deberá contener “la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan” [...].

“Dado, pues, que el artículo 779 pertenece a la fase de instrucción del proceso, a la que viene a dar término, parece oportuno poner de relieve que una de las funciones esenciales de dicha fase es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso que debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial (v. arts. 118 y 775 Lecrim.); pues, desde la perspectiva del derecho fundamental de defensa, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la necesidad de que, para que pueda acusarse a una persona en el proceso penal abreviado, es preciso que previamente, en la fase de instrucción, haya sido declarada judicialmente imputada, otorgándosele la posibilidad de participar en la fase instructora, “de tal forma que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 Lecrim.)”, y que, “como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado por unos determinados hechos, sin haber sido oído previamente sobre ellos por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las denominadas diligencias previas” (v. SSTC 135/1989, 186/1990 y 128/199) [...].

“De cuanto queda expuesto, se desprende la necesidad de examinar tanto la naturaleza como la finalidad del auto que, en su caso, debe dictar el Juez de Instrucción, una vez practicadas las diligencias propias de la fase de instrucción, a tenor de lo especialmente dispuesto en el art. 779.1.4ª de la Lecrim. Y, a este respecto, debemos poner de manifiesto que dicha resolución constituye solamente la “expresión de un juicio de inculpación formal efectuado por el Juez de Instrucción, exteriorizador de un juicio de probabilidad de una posible responsabilidad penal” (v. STS de 10 de noviembre de 1999), por lo que su finalidad “**no es la de suplantar la función acusatoria del Ministerio Fiscal**, anticipando el contenido fáctico y jurídico de la calificación acusatoria, sino únicamente conferir el oportuno traslado procesal para que ésta pueda verificarse, así como para expresar el doble pronunciamiento de conclusión de la instrucción y de prosecución del procedimiento abreviado en la fase intermedia” (v. STS de 2 de julio de 1999).

tiene por qué ser necesariamente extenso ni detallado, bastando a tal fin que el instructor efectúe una síntesis de los mismos sin perjuicio, eso sí, de ulterior calificación por la parte acusadora, que deberá respetar el cuadro de hechos delimitado en el auto de transformación por cuanto, como se ha dicho, son aquéllos un elemento vertebrador del objeto procesal, que permanece amparado por el control judicial – sujeto no obstante a recurso de apelación - en lo que respecta a la especificación de los hechos nucleares que constituirán posteriormente la calificación jurídica del escrito de acusación.

Y esa base fáctica sucintamente relatada en la resolución ha de ser también objeto de su correspondiente calificación jurídica por parte del instructor, si bien puede ser modificada por la acusación para dotarla de un más delimitado perfil, puesto que la actividad puramente calificadora puede ser cambiada incluso en el trámite de conclusiones del juicio oral, aunque nunca a costa de los hechos que, con carácter esencial, han sido objeto de prueba y debate contradictorio³.

³ Sobre este particular razona el **Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de Febrero de 2012** que “la expresión "hechos punibles" ha de tener el contenido fáctico que al expresado precepto (art. 779.1.4ª) ha querido conferir el legislador, y no puede ser otro que **una relación sucinta de hechos**, al modo como el auto de procesamiento configura el ordinario (art. 384) [...]. Y qué duda cabe que tales hechos están **bajo el control judicial**. Es decir, el objeto del proceso penal no es absolutamente libre para las acusaciones, sino que el juez controla, en nuestro sistema jurídico, aquello que va a ser materia de enjuiciamiento penal, tanto para evitar acusaciones sorpresivas, como para **delimitar los aspectos fácticos de las imputaciones** que considere procedentes (de ahí las posibilidades de sobreseimiento que al juez se otorgan). Y tal control judicial, está sujeto al oportuno recurso de apelación, posibilidad abierta al auto de transformación del procedimiento en abreviado, del que carece, sin embargo, el auto de apertura del juicio oral, en aquellos aspectos que impulsan la continuación del mismo.

En la misma línea interpretativa se vertebra el **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de Mayo de 2009**, según el cual: “La determinación del objeto del proceso en el auto de transformación ha de **abarcarse todos los hechos, aunque sea de forma sintética**, que sean necesarios para configurar la tipificación penal, tanto en su modalidad básica como en la agravada o en la atenuada, incluyendo, pues, los elementos nucleares del tipo que se le atribuye al encausado. Por lo cual, aunque la ley no haga referencia expresa a la calificación jurídica, debe también plasmarse en el auto de transformación, pues la aplicación de la norma penal es precisamente la que permite concretar los hechos objeto del proceso a través de su valoración jurídica” [...]. Ello no quiere decir que esa tipificación precondicione la calificación jurídica definitiva, pues siempre podrá modificarse cuando ello no suponga la alteración del sustento fáctico de las imputaciones. La modificación, adición o supresión de hechos nucleares en la descripción de los tipos penales supone, en principio, alterar el objeto del proceso. No así las meras modificaciones de las calificaciones jurídicas, que pueden formularse hasta el momento de la calificación definitiva al final del plenario”.

Concluye esta resolución resumiendo que “el auto de transformación ha de recoger los hechos nucleares de los tipos penales que se investigan en la causa; la calificación jurídica en que se subsumen; y, por último, los sujetos a quienes se les atribuyen”.

III. ¿CÓMO VINCULA Y CON QUÉ ALCANCE EL AUTO DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO A LAS PARTES? POSIBLES CAUSAS DE INDEFENSIÓN.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, vemos que el auto de transformación en procedimiento abreviado requiere dos presupuestos, según la **STS 836/2008, de 11 de Diciembre**:

- a) Que se considere que han sido practicadas las diligencias pertinentes, según deriva del inciso inicial del citado precepto (se refiere al art. 779.1.4ª Lecrim.).
- b) Que el Juez estime que los hechos son susceptibles de ser calificados como constitutivos de alguno de los delitos a que se refiere el art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y a su vez, siguiendo la misma sentencia, el contenido de dicha resolución también es doble:

- a) Identificación de la persona imputada.
- b) Determinación de los hechos punibles. Tal contenido tiene un límite: no podrá identificar persona ni determinar hecho, si éste no fue atribuido a aquélla con anterioridad, dando lugar a la primera comparecencia a que se refiere el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sobre esta base, la **STS 179/2007, de 07 de Marzo**, indica que “el auto de transformación vincula a las partes en cuanto a los **hechos imputados** y en las **personas responsables**, pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no tiene por finalidad y naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones de modo que **la ausencia de determinación expresa de un delito en dicho auto no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que del hecho estuviese imputado cuando el acusado prestó su declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo** (STS 1532/2000, de 09 de Noviembre)”.

A propósito de este último inciso de la STS 179/2007, cabe plantearse qué sucede cuando el auto transformador o bien no contiene en absoluto el relato de hechos punibles, o bien el que ofrece no da suficiente cuenta de los mismos por su

carácter incompleto en relación con el material instruido, porque sobre este punto está en juego el derecho de defensa del imputado, que podría padecer indefensión si se considera que el escrito de acusación que se formalizara contra él referiría algún delito omitido en la motivación fáctica del auto.

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva tres exigencias, de las que aquí interesan dos:

1ª. A fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 Lecrim.), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación.

2ª. Como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que debe realizarse en el proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (salvo los casos de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la “primera comparecencia”, prevista en el art. 775 Lecrim.

De todo lo anterior se desprende que no se dará indefensión en el imputado cuando durante la tramitación de la fase instructora ha sido conocedor en todo momento de los hechos que se le atribuyen, fundamentalmente porque el Juez de Instrucción le ha recibido declaración sobre los mismos con plena información de sus derechos, por lo que ha tenido igualmente ocasión, en cuanto parte pasiva del procedimiento, de solicitar la práctica de las diligencias de investigación que haya considerado oportunas en orden a preservar su presunción de inocencia. Y, en todo caso, para el supuesto de que el contenido del auto de transformación hubiera

incurrido en omisión fáctica, siempre puede el imputado alegar esta circunstancia en el escrito de defensa o en el trámite de cuestiones previas al comienzo del acto del juicio (arts. 784.1 *in fine* y 786.2 Lecrim.).

Dos ejemplos nos pueden servir de guía para comprender casos en que el derecho de defensa queda intacto a pesar de que el auto de transformación en procedimiento abreviado incurra en defectos de motivación fáctica:

A) El primero lo suministra en sede de apelación la **SAP de Madrid de 30 Diciembre 2009**, partiendo a efectos del caso concreto de una conclusión ya mencionada anteriormente: la de que “cuando el Juez de Instrucción acuerda la conclusión de las diligencias previas y su transformación en procedimiento abreviado, conforme a lo previsto en el art. 779.1.4ª Lecrim., lo hace en función de los hechos que han sido objeto de imputación, es decir, sobre los que ha girado la instrucción de las diligencias previas, por lo que los mismos son perfectamente conocidos por el inculpado”. A continuación desestima la Audiencia el motivo del recurso (infracción del artículo 779.1.4º Lecrim.), hilvanando un hilo argumental que concluye en tener a la acusación del Ministerio Fiscal por respetuosa con los hechos punibles y con el derecho de defensa al haber sido enjuiciado el recurrente en relación con la totalidad de los hechos que le fueron imputados judicialmente en la denuncia y posteriormente en el escrito de acusación, sin considerar vulnerado el derecho de defensa cuando el auto omite en su relación fáctica algún hecho que después sería objeto de acusación y sobre el que, sin embargo, el imputado fue oportunamente interrogado⁴.

⁴ Destacamos de la referida sentencia los siguientes párrafos, para mayor claridad:

[1] “En la denuncia y atestado que dan lugar a este procedimiento, se imputan al recurrente una serie de hechos que rebasan el simple delito de robo con violencia, siendo denunciados e imputados también desde un principio las lesiones sufridas por la denunciante, también la causada a Samuel con un objeto inciso cortante. Y sobre todos estos hechos fue interrogado el recurrente y ha versado la instrucción”.

[2] “Es cierto que el auto de transformación aquí cuestionado sólo se refiere al robo con violencia o intimidación, mas ha de destacarse que se trata de un auto modelo que carece de un relato de hechos punibles, remitiéndose a la denuncia de la Policía Nacional de 25 de Septiembre de 2005 “por robo con violencia o intimidación”, como así fue registrado en el Juzgado. Denuncia que hemos dicho, no sólo era por ese robo violento, sino también por lesiones, sobre las que insistimos, el recurrente fue debidamente imputado e interrogado”.

[3] “La acusación se formula por robo con violencia y por lesiones, tratándose de los mismos hechos que le fueron imputados judicialmente en la denuncia y después en instrucción. Y el juicio se abre por todos estos hechos”.

[4] “Además, en el auto de transformación, aunque no se mencionan expresamente las lesiones objeto de imputación, no se acuerda el sobreseimiento respecto de ellas, precisando la STS 11-12-2008, núm. 836/2008, que “cuando las diligencias previas se extienden a diversos hechos y el Juez estime que

B) El segundo ejemplo procede de la **STS 251/2012, de 04 de Abril**. En ella, el recurrente denuncia infracción del art. 24 de la Constitución alegando que la acusación y la condena se produjeron por hechos no incluidos en el auto de transformación del procedimiento en abreviado, con quebrantamiento del principio acusatorio y del derecho de defensa.

Tras exponer brevemente el contenido del art. 779.1.4ª Lecrim., la sentencia desarrolla con detalle su doctrina bajo la sorpresa, rayana a veces en la indignación, del Magistrado-Ponente, quien no obstante criticar con acidez la irregularidad formal del auto así como sus llamativas carencias, termina por conceder que el derecho de defensa no resultó comprometido en el caso para defender que “ese derecho fundamental del imputado está integrado por el conocimiento suficiente de la imputación y de las actuaciones a que la misma hubiera dado lugar, practicadas con su presencia y estando técnicamente asistido. Algo que ciertamente se ha producido en la causa, y hay que entender que de manera satisfactoria, tanto por la calidad técnica que denota el análisis de las vicisitudes que aquí interesan, que contiene el escrito del recurso, como porque no consta ningún reproche sugestivo de lo contrario”⁵.

respecto de alguno de ellos no debe ser objeto de juicio, ni, por ello de acusación, es exigible que no se limite a una tácita exclusión, sino que debe resolver explícitamente el sobreseimiento por la causa correspondiente respecto a dicho hecho”.

⁵ Del relato expositivo de esta sentencia sobresalen los siguientes aspectos:

[1] “El instructor emitió un auto, de 5 de mayo de 2009, en el que - por increíble que parezca - llamó "hechos" a un texto que literalmente reza: "Las presentes actuaciones se incoaron en virtud de denuncia de Autocab 2001, S.A., de falsificación de documento privado, por hechos ocurridos en Logroño el 24-02-05, imputados a Isaac habiéndose practicado cuantas diligencias se estimaron necesarias". Incluyendo como fundamento jurídico que "desprendiéndose de lo actuado que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de un presunto delito de falsificación de documento privado imputado a Isaac, delito de los comprendidos en el art. 14.3 y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede seguir los trámites...". Disponiendo, en fin, la conversión de las diligencias previas en procedimiento abreviado”.

[2] “La irregularidad formal de esa resolución no puede ser más evidente. Pero es que, además, se objeta, con razón, que en la fecha de la misma nadie había imputado a Isaac delito por hechos realizados en Logroño el 24 de febrero de 2005.

Dice el recurrente que la lectura de ambos extremos le llevó a pensar que la imputación tenía que ver con el documento privado de cesión de créditos suscrito el 24 de octubre de 2003; y que tal era la única formulada y que las demás acciones calificadas de delictivas en la querrela quedarían, como consecuencia, fuera del juicio. Por lo demás, lo cierto es que nadie, ni siquiera el Fiscal, impugnó semejante auto inculicable”.

[3] “Las partes acusadoras formularon sus escritos de acusación, concretándose la del Fiscal en un delito continuado de falsedad en documento mercantil, un delito de apropiación indebida en relación con uno de estafa o, alternativamente, un delito de estafa; y la de la acusación particular en los delitos de falsedad en documento mercantil, hurto, estafa y apropiación indebida. Sin atribución, pues, del delito de falsificación el documento privado al que se refería el auto de referencia.

El instructor abrió el juicio oral por los delitos de falsedad en documento mercantil y apropiación indebida y estafa”.

En resumen, y según expresa la **STS 1532/2000, de 09 de Octubre**, “**la falta de inclusión expresa de un delito en el auto de transformación no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que el hecho correspondiente hubiera formado parte de la imputación formulada en su momento**, de modo que el afectado por ella hubiese podido alegar al respecto y solicitar la práctica de las diligencias que pudieran interesarle”.

Una reflexión complementaria añade el ya mencionado **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de Mayo de 2009** (*vid.* Nota 3), en el sentido de que “si bien no cabe exigir, dada la naturaleza de la fase intermedia del procedimiento abreviado, una motivación tan prolija que convierta la inculpación en un boceto de sentencia, pues ello supondría en la práctica una invasión de la fase de plenario y una injerencia en las funciones del Juez o la Sala que tiene la función de enjuiciar, tampoco cabe, incurriendo en el vicio contrario, dictar un auto de transformación telegráfico que no concrete debidamente el objeto del proceso. Y es que en este último caso se generaría una merma sustancial del derecho de defensa de las partes”.

En el caso a que el auto se refiere la motivación no contenía una descripción suficientemente detallada de los hechos. Sin embargo, el imputado conocía los omitidos y sobre ellos declaró ante el Juez instructor, por lo que no se le creó indefensión alguna.

[4] “En fin, la defensa objetó como cuestión previa la falta de inclusión en el auto de transformación de los delitos sobre los que versaban las acusaciones; lo que, a su entender, excluía toda posibilidad de condena con ese fundamento. Esta pretensión no ha sido atendida en la sentencia y tal es el motivo por el que formula la impugnación a examen”.

[5] “Es difícil no concordar con el recurrente en que la resolución transcrita, más que simplemente irregular, es un verdadero despropósito. No sólo porque no se atiende a las exigencias legales, que no sería poco, sino porque remite a una denuncia, cuando resulta que la causa se había iniciado mediante querrela; y se refiere a un hecho que no identifica y que no está contenido en aquélla. Y, ciertamente, no puede decirse que no tenga razón cuando reprocha a las acusaciones la omisión de un deber de diligencias elemental.

Ahora bien, no es simplemente ésta la cuestión suscitada por el motivo. Lo pretendido por el recurrente es que la masiva irregularidad del auto considerado tuvo la consecuencia de vulnerar de forma esencial el principio de contradicción, afectando de la misma forma a su derecho de defensa.

Dicho con toda franqueza, cuesta pasar por encima de actuaciones judiciales denotadoras de tan escasa profesionalidad, sin más que dejar constancia de ello. Pero, como es bien sabido, el tenor del reproche obliga a estar a las consecuencias reales de la irregularidad para la materialidad del derecho concernido, que aquí es, básicamente, el de defensa”.

[6] El Fallo de la sentencia resulta finalmente desestimatorio del recurso al apreciar que la situación generada en el recurrente, bien asistido por su Letrado, no pasó de constituir una relativa incertidumbre psicológica que pudo haberse mantenido, a lo sumo, hasta la formulación de los escritos de acusación y el auto de apertura, pero sin más consecuencias prácticas en el área de su derecho de defensa.

IV. ¿DEBE PRONUNCIARSE EL AUTO DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA CAUSA O PRONUNCIARSE SOBRE NUEVAS MEDIDAS CAUTELARES?

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula que todo lo referente a medidas cautelares personales y reales sea objeto de pieza separada (véanse, respecto de las medidas reales, los arts. 589 y 590; 619; 764.1 y 765.1; y respecto de las personales, los arts. 519 y 544; 763). Y por su parte, el art. 779.1 explicita el contenido del auto de transformación en procedimiento abreviado, sin contemplar nada acerca de que en dicha resolución se mencionen las medidas cautelares ya acordadas o de que en la misma se acuerden nuevas medidas.

Sobre esta base, resulta que el auto de transformación no tiene por qué contener mención alguna sobre la vigencia o levantamiento de una medida cautelar ya acordada en las diligencias previas, ni tampoco ha de pronunciarse sobre el establecimiento de una nueva medida cautelar, puesto que: 1º. Las piezas separadas siguen su curso no obstante el cambio a procedimiento abreviado, que se sigue tramitando ante el mismo órgano instructor; y 2º. La necesidad de constituir una medida cautelar *ex novo*, es decir, por la concurrencia de circunstancias que en ese momento la hacen necesaria y no habiendo sido como tal medida acordada con anterioridad, debe ser objeto de su correspondiente pieza separada.

Ahora bien, el art. 779.1 Lecrim., aún limitándose a expresar el contenido del auto transformador en los términos expuestos en los anteriores epígrafes, tampoco impide ni siquiera indirectamente que dicha resolución pueda mencionar extremos referentes a la vigencia de medidas cautelares acordadas con anterioridad. Sin embargo, el hecho de que la ley procesal requiera la formación de pieza separada para el establecimiento de una medida cautelar no parece compatible con que el auto transformador sea una vía adecuada para la constitución de la misma, cuyo cauce procesal oportuno es el de la formación de su pieza específica.

V. ¿ES PRECISA LA NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL AUTO DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO AL IMPUTADO?

El art. 182 Lecrim. establece con carácter general que las notificaciones pueden

hacerse a los Procuradores de las partes, exceptuando dos supuestos que afectan al régimen de las citaciones: aquellas que por disposición legal expresa deban efectuarse personalmente a los interesados y las que tengan por objeto la comparecencia obligatoria de éstos. Sobre esta base, el art. 779.1.4ª Lecrim. nada refiere acerca del régimen de notificación del auto de procedimiento abreviado, igual que acontece respecto del auto de apertura del juicio oral en el art. 783. Ahora bien, tanto en ambos preceptos como en el art. 780 podemos intuir algunos datos que sugieren la conveniencia – si no queremos hablar, más rigurosamente, de necesidad– de notificar personalmente el auto al imputado: **1º**. Como ya se ha desarrollado anteriormente, el auto de procedimiento abreviado ha de contener la identificación de la persona a quien se imputan los hechos punibles (art. 779.1.4ª); **2º**. Incluso si el auto transformador no contuviera una relación fáctica o la misma fuese insuficiente o inexacta, el imputado sería conocedor de los hechos que se le atribuyen porque ya declaró sobre ellos durante la fase instructora y, por tanto, no sufrirá una acusación sorpresiva que vulnere su derecho de defensa (*vid.* epígrafe III); **3º**. En el art. 780.1 se dice que en el mismo auto de procedimiento abreviado se acordará el traslado al MF y a la acusación particular a los efectos bien de formular acusación, bien de solicitar el sobreseimiento, debiéndose citar “siempre al imputado” para la práctica de las diligencias complementarias (art. 780.2, pár. 3º); y **4º**. El auto de apertura del juicio oral no es recurrible, salvo en la parte relativa a la situación personal del acusado, quien puede interponer recurso al respecto e incluso reproducir su petición, si fue desestimada, ante el órgano de enjuiciamiento (art. 783.3).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, cabe plantearse qué consecuencias tendría la falta de notificación personal del auto al imputado, tomando en cuenta que dicha omisión constituye un defecto procesal que podría comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva y el de defensa.

Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo, cuya **Sentencia 715/2002, de 19 de Abril**, tras afirmar que el auto de procedimiento abreviado se debe notificar al imputado, no deriva necesariamente de la ausencia de dicha notificación una consecuencia procesal causante de indefensión, invocando la jurisprudencia constitucional que precisa las condiciones que han de concurrir para que en tal supuesto se hayan perjudicado aquellos derechos desde la perspectiva de la

causación de un perjuicio de naturaleza material⁶.

También se refiere a esta cuestión el **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 04 de Abril de 2006**, donde se argumenta que para aceptar la validez del auto de incoación de procedimiento abreviado han de concurrir determinados presupuestos - entre los que contempla su notificación al imputado -, cuya inobservancia podría determinar su impugnación y revocación en la alzada⁷, mencionando igualmente la necesidad de que el perjuicio ocasionado por la infracción procesal sea real y efectivo.

VI. PETICIÓN DE DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS Y RÉGIMEN DE RECURSOS

Petición de diligencias complementarias.- En fase de preparación del juicio oral, el art. 780 Lecrim. dispone:

“1. Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este Capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente.

2. Cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular escrito

⁶ Dice así la mencionada resolución: “Ciertamente que el auto de transformación a procedimiento abreviado debe ser notificado al imputado en cuanto que es el equivalente procesal al auto de procesamiento del sumario ordinario (...). No se hizo en el momento procesal adecuado y ello ya supone un apartamiento de las normas procesales”.

“Sin embargo, no existe ni se patentiza anudada a dicho quebrantamiento procesal una efectiva indefensión, y sabido es de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional – SSTC 185/98 y 186/98, entre otras muchas – que la infracción de un precepto procesal cualquiera o el acaecimiento de cualquier irregularidad procesal no tiene por qué ocasionar siempre y en todo caso una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Antes al contrario, debe existir un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal correspondiente, y un perjuicio de índole material que le impida defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso penal”.

⁷ Al enumerarlos se refiere al que aquí interesa en los siguientes términos: “2º) Que la misma no se hubiera notificado a todas las partes, incluido el imputado, como parte material del proceso que es, habiéndose justificado por el Tribunal Constitucional (SS. 186/90, 290/93) dicha notificación en la redacción del art. 2 de la L.E.Criminal; matizándose, no obstante, por la STS de 17-9-93 que en los casos en que el imputado esté personado con abogado y procurador, o sólo con el primero, bastará con la notificación hecha al procurador o al letrado, según se desprende implícitamente del art. 182 de la L.E.Criminal; y habiéndose igualmente establecido por el TC que esa infracción procesal haya provocado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 149/98) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados (SSTC 155/88 y 112/89)”.

de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, en cuyo caso acordará el Juez lo solicitado.

El Juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas.

En todo caso se citará para su práctica al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y siempre al imputado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones”.

Respecto de la práctica de diligencias complementarias, vemos que el art. 780 prevé un doble régimen, en función de cuál sea la parte acusadora que las solicite: tratándose del Ministerio Fiscal, el Juez las acordará cuando falten elementos esenciales para la tipificación de los hechos y resulten indispensables para formular acusación; interesándolas cualquier otra acusación, el instructor acordará lo que estime procedente. De la dicción legal parece desprenderse por tanto que el Juez viene vinculado a la petición de diligencias complementarias cuando las solicita el Fiscal, debiendo entonces acordar su práctica, concediendo en cambio un margen de discrecionalidad al respecto cuando la solicitud procede de otra de las acusaciones personadas.

Centrándonos en la petición de estas diligencias por la acusación pública, el número 2 del precepto exige dos requisitos: que falten “elementos esenciales para la tipificación” y que tales diligencias sean “indispensables para formular acusación”, de lo que cabe interpretar que concurriendo ambas circunstancias el órgano judicial deberá acordar su práctica, lo que no es incompatible con que el Juez, ante la solicitud del Fiscal, efectúe una actividad ponderativa y de valoración ante lo interesado por aquél, de suerte que si objetivamente y desde su natural imparcialidad considera que las diligencias complementarias – o, en su caso, parte de ellas - no son conducentes a la clausura definitiva del material instruido, sino que al contrario éste basta para formular adecuadamente la acusación, puede denegar motivadamente su práctica sin perjuicio de que tal decisión sea recurrida y alcanzar en caso extremo el correspondiente control en apelación. Según esta interpretación del art. 780.2, el Juez instructor dispondría de cierto margen valorativo acorde con su función directora de la fase de investigación, para moderar llegado el caso una solicitud extemporánea que no resultase cabalmente necesaria a efectos de tipificación y de acusación, si bien de esta posibilidad puede aflorar un riesgo de injerencia en la actividad

acusadora que viene atribuida exclusivamente al Ministerio Fiscal.

A favor del control judicial que cuestiona la vinculación absoluta del Juez a la petición de diligencias complementarias por la representación pública encontramos esta frase – muy escueta y abierta en su interpretación - en el **Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 01 de Febrero de 2006**: “Por otra parte, y respecto de las diligencias que han sido solicitadas por el Ministerio Fiscal, deberá previamente pronunciarse el Juzgado de Instrucción”, de lo que parece desprenderse que el Juez puede tanto acordar su práctica como denegarla – insistimos, motivadamente.

Por el contrario, la cláusula de vinculación a lo solicitado por el Fiscal viene defendida en el **Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 03 de Junio 2005**, según el cual: “El art. 780-2º prevé la posibilidad de diligencias complementarias a solicitud del Ministerio Fiscal cuando resulten indispensables para formular acusación, lo que incluye el supuesto de que se estime la imputación a otras personas no designadas en el auto de transformación, o la inclusión de otros hechos de los allí contenidos. Lo mismo se prevé para las otras acusaciones, si bien la petición del Ministerio Fiscal es vinculante para el Instructor, no así la de las otras acusaciones, trato diferente que no conculcaría el principio de igualdad de armas porque encontraría su justificación en los principios de igualdad e imparcialidad del Ministerio Fiscal y en la prevención de evitar dilaciones indebidas por peticiones abusivas de las partes privadas”.

Régimen de recursos.- Ha sido objeto de discusión si las diligencias procesales practicadas a partir del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado pertenecen a la fase instructora del proceso o a su fase intermedia, lo que equivale a valorar la naturaleza jurídico-procesal atribuible a las mismas. Atendiendo a la dicción legal del art. 780, el objetivo del auto transformador es, cual articulación que permite ejecutar su natural movimiento a una parte de la anatomía, dar por finalizada la fase de instrucción para inmediatamente conferir traslado al Ministerio Fiscal y a las demás acusaciones a efectos de calificación (trámite equivalente al auto de conclusión del sumario en el procedimiento ordinario cuando la instrucción se considera terminada).

Sucede, sin embargo, que cuando se solicitan y acuerdan diligencias complementarias las actuaciones han de recobrar su carácter de diligencias instructoras, pues no cabe practicar en la fase intermedia, vía diligencias

complementarias, las que se precisen para formular acusación en un momento procesal ajeno a la instrucción como es la fase de preparación del juicio oral, encaminada a consignar en la causa los respectivos escritos de acusación y defensa y los medios de prueba en ellos solicitados, así como a remitir las actuaciones al órgano de enjuiciamiento. Tomando en consideración la diferente finalidad que caracteriza a ambos momentos procesales (la instrucción y la preparación del juicio), el instrumento técnicamente adecuado para que las actuaciones recobren naturaleza instructora y así se posibilite la práctica de las diligencias complementarias consiste en interponer recurso de reforma contra el auto transformador, de suerte que la estimación de aquél haría regresar el procedimiento a su fase de instrucción, con la consiguiente práctica de las diligencias interesadas (y, en su caso, de las que también de ellas pudieran derivar) para, una vez definitivamente periclitada la investigación de los hechos, dictar nuevo auto de transformación en procedimiento abreviado.

VII. CONCLUSIONES

De todas las reflexiones que anteceden en torno al contenido, motivación y vinculación de las partes al auto de transformación en procedimiento abreviado, se pueden derivar las siguientes conclusiones:

1. El auto transformador clausura la fase de diligencias previas y articula la transición hacia los trámites del procedimiento abreviado con la finalidad de preparar el posterior juicio oral. A tal fin, contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan.

2. Cuando el Juez de Instrucción acuerda la conclusión de las diligencias previas y su transformación en procedimiento abreviado, lo hace en función de los hechos que han sido objeto de imputación, es decir, sobre los que ha girado la instrucción de las diligencias previas, por lo que los mismos son perfectamente conocidos por el inculpado.

3. El auto de transformación en procedimiento abreviado requiere que se especifiquen los “hechos punibles” atribuidos al imputado. No se trata de un contenido fáctico cuya inclusión u omisión se encuentre vacante a la discrecionalidad del Juez instructor, sino que debe formar parte de dicha resolución: la expresión legal del art. 779.1.4ª Lecrim. dice “contendrá”, no “podrá contener”.

4. La mención aún inicial de los hechos imputados y de su calificación jurídica constituye solamente la expresión de un juicio de inculpación formal efectuado por el Juez de Instrucción, exteriorizador de un juicio de probabilidad de una posible responsabilidad penal, por lo que su finalidad no es la de suplantar la función acusatoria del Ministerio Fiscal.

5. Basta que la relación de los hechos atribuidos al imputado sea sucinta al efecto de que se pueda determinar el objeto del proceso en el auto de transformación, que ha de abarcar todos los hechos, aunque sea de forma sintética, que sean necesarios para configurar la tipificación penal, tanto en su modalidad básica como en la agravada o en la atenuada, incluyendo, pues, los elementos nucleares del tipo que se atribuye al encausado.

6. El auto de transformación vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y en las personas responsables, pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule, de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en dicho auto no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que del hecho estuviese imputado cuando el acusado prestó su declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo.

7. No se dará indefensión en el imputado cuando durante la tramitación de la fase instructora ha sido conocedor en todo momento de los hechos que se le atribuyen, fundamentalmente porque el Juez de Instrucción le ha recibido declaración sobre los mismos con plena información de sus derechos, por lo que ha tenido igualmente ocasión, en cuanto parte pasiva del procedimiento, de solicitar la práctica de las diligencias de investigación que haya considerado oportunas en orden a preservar su presunción de inocencia. Y, en todo caso, para el supuesto de que el contenido del auto de transformación hubiera incurrido en omisión fáctica, siempre puede el imputado alegar esta circunstancia en el escrito de defensa o en el trámite de cuestiones previas al comienzo del acto del juicio.

8. El derecho fundamental de defensa está integrado por el conocimiento suficiente de la imputación y de las actuaciones a que la misma hubiera dado lugar, practicadas con presencia del imputado y estando técnicamente asistido. La falta de inclusión expresa de un delito en el auto de transformación no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que el hecho correspondiente hubiera formado parte de la imputación formulada en su momento, de modo que el afectado por ella hubiese

podido alegar al respecto y solicitar la práctica de las diligencias que pudieran interesarle.

9. Si bien no cabe exigir, dada la naturaleza de la fase intermedia del procedimiento abreviado, una motivación tan prolija que convierta la inculpación en un boceto de sentencia, pues ello supondría en la práctica una invasión de la fase de plenario y una injerencia en las funciones del Juez o la Sala que tiene la función de enjuiciar, tampoco cabe, incurriendo en el vicio contrario, dictar un auto de transformación telegráfico que no concrete debidamente el objeto del proceso. Y es que en este último caso se generaría una merma sustancial del derecho de defensa de las partes.

10. En vista de la regulación contemplada en el art. 779.1 Lecrim., el auto de transformación no tiene por qué contener mención alguna sobre la vigencia o levantamiento de una medida cautelar personal o real ya acordada en las diligencias previas, ni tampoco ha de pronunciarse sobre el establecimiento de una nueva medida cautelar, puesto que la sede adecuada para ello es la formación de la correspondiente pieza separada, sin perjuicio de que dicho auto pueda mencionar extremos referentes a la vigencia de medidas cautelares acordadas con anterioridad. Sin embargo, el hecho de que la ley procesal requiera la formación de pieza separada para el establecimiento de una medida cautelar no parece compatible con que el auto transformador sea una vía adecuada para la constitución de la misma, cuyo cauce procesal adecuado es el de la formación de su pieza específica.

11. La falta de notificación personal al imputado del auto de transformación en procedimiento abreviado constituye una infracción o irregularidad procesal que únicamente ha de suponer consecuencias relevantes a efectos de impugnación cuando se hayan vulnerado real y efectivamente el derecho de defensa y el de tutela judicial efectiva, exigiéndose a tal fin en la doctrina constitucional que se haya ocasionado a la parte un perjuicio de naturaleza material en aquellos derechos.

12. El contenido del art. 780.2 Lecrim. da lugar a interpretaciones contradictorias acerca de la vinculación del Juez a la práctica de diligencias complementarias cuando las solicita el Ministerio Fiscal, apareciendo en el texto procesal una cláusula de vinculación en tal sentido que no existe cuando dichas diligencias son interesadas por otra u otras de las acusaciones. Sin embargo, cabe considerar que el órgano instructor dispone de un margen de valoración en el primer

caso siempre que motive suficientemente la denegación de su práctica cuando han sido solicitadas por la acusación pública.

13. Para el caso de que se solicite y acuerde la práctica de diligencias complementarias con carácter previo a la formulación del escrito de acusación, las actuaciones han de recobrar su carácter de diligencias instructoras, pues no cabe practicar en la fase intermedia, vía diligencias complementarias, las que se precisen para formular acusación en un momento procesal ajeno a la instrucción como es la fase de preparación del juicio oral, encaminada a consignar en la causa los respectivos escritos de acusación y defensa y los medios de prueba en ellos solicitados, así como a remitir las actuaciones al órgano de enjuiciamiento. El instrumento técnicamente adecuado para que las actuaciones recobren naturaleza instructora y así se posibilite la práctica de las diligencias complementarias consiste en interponer recurso de reforma contra el auto transformador, de suerte que la estimación de aquél haría regresar el procedimiento a su fase de instrucción, con la consiguiente práctica de las diligencias interesadas (y, en su caso, de las que también de ellas pudieran derivar) para, una vez definitivamente periclitada la investigación de los hechos, dictar nuevo auto de transformación en procedimiento abreviado.

* * * * *

Progresión de la justicia transicional en el ámbito colombiano. Análisis de la justicia transicional en contexto de procesos de paz*

~Prof. Beatriz Eugenia Suárez López~

Profesora de Derecho Penal. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colombia.
Socia de la FICP.

Resumen.- La aplicación de la justicia transicional en Colombia ha sufrido varios cambios si se tiene en cuenta el modelo inicial implementado por la Ley 975 de 2005 en comparación con la Ley 1448 de 2011 y el Acto Legislativo n.º 1 de 2012, estas normas tomadas como referentes para determinar la evolución de la figura. La justicia transicional tiene fuertes incidencias en muchos campos, pero tal vez sobre el que más incide es en el ámbito del derecho penal. Este artículo analizará los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de acuerdo con las normas emitidas dentro del marco de la justicia transicional en Colombia, haciendo especial énfasis en el derecho a la justicia.

INTRODUCCIÓN

Colombia actualmente pasa por un momento especial en lo que respecta al alcance de la paz; si bien, podría señalarse que esta no es la primera vez que el Estado colombiano intenta dialogar de paz con una de sus guerrillas más antiguas, sí pareciera que las conversaciones tienen un tinte diferente, al menos en lo que respecta a la forma en la cual se adelanta el denominado “Proceso de paz de La Habana”.

Los colombianos no somos ajenos a lo que se está discutiendo en Cuba, tanto así que las conversaciones han estado acompañadas de diversas críticas como espaldarazos, estos últimos principalmente de organismos internacionales que ven con muy buenos ojos los esfuerzos del Estado colombiano por poner fin a una guerra de más de sesenta años¹. En relación con las críticas, principalmente se afirma que el actual proceso de paz no es más que un acuerdo al que se pretende llegar con la guerrilla para generar impunidad, mientras que otros defienden el proceso amparados en la necesidad de buscar una salida negociada al conflicto. Estas posiciones si bien, en principio, parecieran contrarias, tienen un punto de convergencia, en el entendido de que la búsqueda de la paz no es excusa para generar impunidad. En Colombia el conflicto ha cambiado, pero la forma de hacer la paz también, hoy el Estado no puede sin más acordar una serie de beneficios para los actores del conflicto, sino que su margen de

* Artículo publicado en la Revista La Defensa, 16, ene-junio 2015, Defensoría del Pueblo de Colombia, 2015.

¹ Cfr. Caracol.com. ONU pide respaldo a proceso de paz en Colombia, 29 de enero de 2014, en <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/onu-pide-respaldo-a-proceso-de-paz-en-colombia/20140129/nota/2065418.aspx> (Consultado: 24/04/2014).

negociación se encuentra limitado, y ese límite impide que la impunidad sea el factor característico de la misma².

Tomando como punto de partida el acuerdo de paz que pretende alcanzar el Estado, es relevante analizar los límites y libertades jurídicas a la hora de negociar, ello con el propósito de no caer en imprecisiones, y sobre todo, de no pasar por encima de los derechos de las víctimas.

El presente artículo es resultado de la investigación Experiencias de Paz: Lecciones aprendidas para Colombia, adelantada por profesores de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano, de la cual la autora fue coinvestigadora. La metodología aplicada es esencialmente comparativa, en donde se analizaron estándares internacionales de protección de Derechos Humanos, y procesos de paz de algunos países, para extraer experiencias aplicables al contexto colombiano, o bien desechar las mismas dada la imposibilidad de trasplantarlas al caso de Colombia.

Este trabajo, en particular, partirá del planteamiento de parámetros internacionales en materia de negociación de paz, estableciendo la relación estrecha que existe entre los procesos de paz y la justicia transicional, para centrarse en el análisis evolutivo que ha tenido la justicia transicional como herramienta de paz, en el ámbito Colombiano.

I. PROCESOS DE PAZ Y JUSTICIA TRANSICIONAL

Actualmente, las sociedades que han vivido largos periodo de violaciones a Derechos Humanos, consideran que la vía más idónea para poner fin a estos sufrimientos es la salida negociada, es decir, dejar de lado muchos intereses individuales con miras a lograr un interés general, denominado: paz, y con el propósito que la misma sea estable y duradera. La construcción de estos acuerdos de paz no es trabajo fácil, ya que no cualquier vía resulta idónea para alcanzarla, máximo cuando la experiencia ha enseñado que la improvisación solo sirve para perpetuar el conflicto y las violaciones a los derechos humanos.

FISAS considera que la negociación de paz es un proceso, y que como proceso necesariamente deben agotarse unas etapas, unas fases que requieren de tiempo³, es decir, pensar que un proceso de paz se ha de realizar en un momento puntual y en un

² UPRIMNY YEPES, R./SÁNCHEZ DUQUE, L./SÁNCHEZ LEÓN, N., Justicia para la paz, Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Bogotá D. C., DeJusticia, 2014, p. 14.

³ FISAS, Vincenç. ¡Alto al fuego! Manual de procesos de paz. Barcelona, Icaria, 2010, p. 11.

tiempo récord, es un proceso que no ha agotado el camino que debería recorrer y con ello, es un proceso que está llamado al fracaso.

Existen dos grandes fases dentro de un proceso de paz, la primera se ha denominado prenegociación y la segunda, negociación propiamente dicha. En la primera se exploran las condiciones para negociar, se establecen acuerdos previos, se traza la hoja de ruta, se pone en la mesa la agenda que será discutida durante la negociación, en fin, se plantean una serie de interrogantes que deberán ser resueltos en la etapa de negociación. Mientras que la negociación implica el debate y discusión de los puntos que previamente fueron acordados. Esto es de suma importancia, porque si las partes en conflicto no se ponen de acuerdo en qué se va a negociar, ello conllevará a que la negociación no tenga sentido alguno, mientras que si los puntos de debate están claramente definidos, ello permitirá en primer lugar, avanzar más rápido, pero también de forma más ordenada, y claro está, no se quedarán aspectos importantes fuera de la discusión. En la negociación se pueden dar acuerdos parciales, pero la aplicación de estos empezarán cuando exista un acuerdo general, sin embargo, el proceso no termina con el acuerdo de paz general, sino que allí empieza otra fase que se denomina de implementación⁴.

Generalmente, para facilitar la transición del conflicto a la paz se usan diversas herramientas, una de estas es la justicia transicional ya que desde su misma concepción esta forma especial de justicia se muestra como aquel conjunto de medidas judiciales y extrajudiciales que permiten la transición de un régimen autoritario a una democracia, o como lo es el caso colombiano, de una situación de guerra o conflicto a una de paz⁵.

1. ¿Límites a la negociación? Incidencia de las disposiciones internacionales

Uno de los temas que mayor inquietud generan en el ámbito de la negociación de un proceso de paz es el margen de disposición que puede tener un gobierno, ello porque, se supone que los Estados gozan del principio básico de la libre autodeterminación de los pueblos, y en virtud del mismo, el gobierno podría llegar a negociar lo que quisiera; sin embargo, esa posibilidad no puede ir en contra de los parámetros internacionales de protección, no solo de las víctimas, sino de la misma sociedad, lo que viene a plantear

⁴ FISAS, Vincenç. Procesos de paz y negociación en conflictos armados, Barcelona, Paidós, 2004, pp. 59-62.

⁵ RETTBERG, Angélica. Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional, Bogotá D. C: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencia Política, CESO, 2005, p. 1.

una serie de límites invisibles que necesariamente el Estado debe observar si no quiere en un futuro verse abocado a sanciones internacionales.

Esta situación lleva a preguntarse entonces, qué puede hacer el Estado al momento de negociar, y qué puede realmente ofrecerle a su contraparte en la mesa; ello porque si lo que ofrece no es algo atractivo para generar la necesidad de dejar las armas y reinsertarse a la sociedad civil llevaría a continuar con el conflicto, situación que a todas luces escapa del fin de una negociación de paz.

Es por lo anterior, que deben revisarse los parámetros internacionales en materia de protección de los derechos humanos. Pero antes, se debe partir de una aclaración, y es que estos límites se han desarrollado más profundamente desde finales del siglo XX⁶ y se han fortalecido en los últimos años; es por ello que, en procesos de paz como el adelantado con el M-19 no era objeto de discusión estos temas al no existir una doctrina clara en materia de derechos de las víctimas, primando por sobre estos el derecho de la sociedad a conseguir la paz. Esta situación llevó a que el gobierno otorgara amnistías e indultos, salidas bastante atractivas para los militantes de grupos armados al margen de la ley, pero que al cabo del tiempo generaban desprotección hacia las víctimas, lo que hizo que el conflicto se tornara aún más polarizado y arraigado.

Hoy con el proceso de paz que se discute en La Habana es cada vez más claro que la paz si bien tiene un precio, este precio no debe ser pagado por las víctimas y la sociedad, es decir, no puede cambiarse paz por olvido e impunidad, sino que precisamente el Estado debe crear mecanismos eficaces que permitan crear un equilibrio entre el tratamiento a los victimarios y las víctimas y la sociedad civil. Es por ello que la justicia transicional adquiere un especial protagonismo, porque para lograr un adecuado tránsito del conflicto a la paz es necesario hacer una serie de cambios no solo judiciales, sino también institucionales y sociales que permita garantizar la durabilidad y estabilidad de la paz.

Igualmente, el Estado colombiano se encuentra sometido a la jurisdicción de diversos organismos internacionales, los cuales han establecido unas reglas claras en materia de derechos de las víctimas. Estos organismos, principalmente representados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, se

⁶ Los Principios de Joinet, los principios contra la impunidad son algunos documentos emitidos por las Naciones Unidas donde se señalan las principales pautas para el tratamiento del conflicto y la satisfacción a los derechos de las víctimas.

han encargado de sentar las bases en materia de protección de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, por lo que de emitirse algún acuerdo que controvierta estas disposiciones se activaría su competencia, generando consecuencias mucho más adversas.

Advirtiendo la importancia de los parámetros internacionales y de la justicia transicional, resulta importante revisar su concepto para encontrar sus principales características, parámetros y la incidencia de esta justicia con la terminación del conflicto.

2. Justicia transicional. Concepto y características

Sea lo primero aclarar que si bien la justicia transicional no es concebida exclusivamente como un instrumento que permita el tránsito del conflicto a paz, para efectos del contexto en el cual ha sido escrito este artículo se basará en esa aplicación específica, al considerar que si bien, también puede ejecutarse para transiciones democráticas, o para poner fin a largos periodos de desconocimiento y violación de los derechos humanos, para el caso colombiano se ajusta más la fórmula de conflicto a paz, por ser más especial.

La justicia transicional se enfrenta a un gran dilema cuando se usa para poner fin a una situación de grave conflicto, pues entran en tensión, por un lado, la aplicación de la justicia y la sanción de los culpables de las graves violaciones, y por otro, poner fin a la guerra, esto es, lograr una paz estable y duradera⁷. Entra entonces el gobierno a negociar sin que ello pueda llevar a desconocer los derechos de las víctimas y la sociedad a la verdad, la justicia y la reparación⁸. Los Estados se encuentran con la dicotomía entre aplicar la justicia ordinaria o generar espacios de impunidad absoluta, de tal manera que la justicia transicional aparece como el punto medio entre estas dos opciones⁹. Con el actual proceso de paz el reto está precisamente en encontrar ese punto medio entre la tensión de los diferentes intereses que entran en juego.

⁷ VAN ZYL, Paul. Promoviendo la justicia transicional en sociedades posconflicto. En Reátegui, Félix (Ed.). Justicia transicional, Manual para América Latina. Brasilia-Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, p. 56.

⁸ LÓPEZ DÍAZ, C./GONZÁLEZ, D./ERRANDONEA, J. Justicia Transicional en Colombia. En FORER, A./LÓPEZ DÍAZ, C. (Eds.). Colombia: un nuevo modelo de justicia transicional, Bogotá D. C., GIZ-Embajada de la República Federal de Alemania, 2012, p. 18.

⁹ UPRIMNY YEPES, R./SAFFON, M. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades, en ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Bogotá D. C., Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, p. 118.

La justicia transicional ha sido definida como una forma especial de justicia que se aplica a aquellas sociedades que han sufrido largos periodos de violación de derechos humanos y han decidido alcanzar la reconciliación nacional¹⁰, pretendiendo hacer una transición entre la violación y el restablecimiento de los derechos. Debe ser entendida entonces, como “arreglos judiciales y extrajudiciales que facilitan y permiten la transición de un régimen autoritario a una democracia o de una situación de guerra a una de paz”¹¹. La justicia transicional a su vez es una herramienta importante para la construcción de la paz, ya que esta permite mediante el uso de diferentes elementos alcanzar la reconciliación nacional.

Principalmente, lo que se pretende con la aplicación de esta nueva forma de justicia es lograr una transformación política y social, permitiendo una mayor inclusión social y política hasta el momento inexistente, aunque también pueden aplicarse las herramientas de la justicia transicional a sociedades que cuentan con una democracia consolidada, pero que han sufrido largos periodos de violación de derechos humanos¹². En todo caso, “la justicia transicional hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia”¹³.

Esta forma especial de justicia se enfrenta a varios retos, ya que deben tomarse medidas judiciales y no judiciales para garantizar una adecuada transición; es por ello que muchos autores han indicado que la justicia transicional debe entenderse como especial y transitoria¹⁴. Especial en el entendido de que pretende aplicar justicia, pero esta ya no en términos puramente retributivos¹⁵; igualmente, las medidas están llamadas a ponerse en marcha y aplicarse en un periodo de tiempo determinado y para un contexto preciso, ya que no puede extenderse su ámbito de acción a situaciones que no tienen que ver con las razones que dieron lugar a su promulgación, que para el caso colombiano, es el poner fin al conflicto armado.

¹⁰ LÓPEZ DÍAZ, C./GONZÁLEZ, D/ERRANDONEA, J. Justicia Transicional en Colombia, 2012, p. 13.

¹¹ RETTBERG, Angélica, Entre el perdón y el paredón, 2005, p. 1.

¹² LÓPEZ DÍAZ, C./GONZÁLEZ, D/ERRANDONEA, J. Justicia Transicional en Colombia, 2012, p. 14.

¹³ UPRIMNY YEPES, R./SAFFON, M. Justicia transicional y justicia restaurativa, 2006, p. 115.

¹⁴ Cfr. APONTE CARDONA, Alejandro. El proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional, Bogotá D. C., Centro Internacional de Toledo para la Paz-CITpax, 2011.

¹⁵ AMBOS, Kai. El marco jurídico de la justicia transicional, en AMBOS, K./MALARINO, E./ELSNER, G. (Eds.), Justicia de Transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Montevideo, Konrad-Adenauer, 2009, p. 28.

Entre las medidas judiciales que pueden ser aplicadas están las relativas a la investigación y sanción de los responsables de graves crímenes, entendiendo dentro de este concepto los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de genocidio¹⁶. Mientras que las extrajudiciales, pretenden brindar protección a los derechos de las víctimas que no pueden ser amparados por la vía del proceso, en especial, del proceso penal; entre estas medidas se encuentran las comisiones de la verdad, las reparaciones administrativas, entre otras. En últimas el éxito de estas medidas depende de la capacidad que tienen para poder satisfacer los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación.

En materia del derecho a la justicia se pretende evitar la impunidad de los actos que originaron la violación a los derechos humanos, bien sea porque el Estado la ha originado o porque aunque la violación haya sido causada por un particular, el Estado haya fallado a sus deberes de prevención, investigación, juzgamiento y sanción, estos deberes se desprenden de las obligaciones internacionales contenidas por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde en su artículo 8º y 25 establece el deber de los Estados de brindar recursos adecuados para la investigación de las violaciones a los derechos humanos.

Puede derivarse de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que el deber de justicia se satisface cuando el Estado: 1) Cumple con su obligación de investigar; 2) Cumple con su obligación de juzgar y sancionar; y, 3) Cumple con su obligación de brindar un recurso efectivo a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos¹⁷.

El derecho a la verdad, tiene una doble dimensión; por un lado, la satisfacción de este derecho para las víctimas y la otra para la sociedad, lo que la doctrina ha señalado como alcance individual y colectivo¹⁸. Es claro que en situaciones de graves violaciones a los derechos humanos, las víctimas quedan relegadas de la realidad; en ese sentido, el desconocer las razones que llevaron a los victimarios a actuar de esa manera, o el grado de participación de un sujeto puede llevar a que el daño se intensifique, es por eso que permitir el acceso a la verdad ayuda a sanar heridas, que si bien no conlleva a olvidar lo sucedido, sí permite conocer las razones detrás de las violaciones a los derechos. Igualmente, para la sociedad resulta también alentador conocer la historia detrás de las

¹⁶ Se toma como referencia estos crímenes ya que son los de competencia de la Corte Penal Internacional.

¹⁷ LÓPEZ DÍAZ, C./GONZÁLEZ, D/ERRANDONEA, J. Justicia Transicional en Colombia, 2012, p. 35.

¹⁸ LÓPEZ DÍAZ, C./GONZÁLEZ, D/ERRANDONEA, J. Justicia Transicional en Colombia, 2012, p. 69.

acciones de violación de derechos humanos, esto para permitir la reconciliación y sobre todo para evitar que a futuro se incurra en estos mismos errores.

Son muchos los aspectos que abarca el derecho a la verdad, los cuales han sido reconocidos por organismos internacionales y que para la construcción de una paz estable y duradera deben tenerse en cuenta, entre estos están:

- El derecho a un recurso efectivo, e incluye el derecho a una investigación efectiva y a la verificación de los hechos y la presentación pública de la verdad, y el derecho a la reparación.
- Las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a saber la verdad acerca de las circunstancias en las que ocurrieron las violaciones a los derechos humanos.
- Está vinculado con el derecho de los familiares y comunidades a conmemorar y a hacer duelo por las pérdidas humanas en formas que sean culturalmente adecuadas y dignas.
- Además de las víctimas individuales y sus familiares, las comunidades y la sociedad entera también tienen el derecho de saber la verdad acerca de las violaciones de los derechos humanos.
- Algunos sistemas legales consideran que el derecho a la verdad hace parte integral de la libertad de información y la libertad de expresión.
- No es posible invocar amnistías para prohibir la investigación de ciertos crímenes internacionales incluyendo ciertos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. Así, la prohibición de amnistías para dichos crímenes también está relacionada con el derecho a la verdad, en tanto se relaciona con la verificación de los hechos en cuestión.
- El Estado tiene el deber de preservar la evidencia documental que sirva para la conmemoración y el recuerdo, así como de proteger y garantizar el acceso adecuado a los archivos con información sobre este tipo de violaciones¹⁹.

Para satisfacer este derecho los Estados deben adoptar mecanismos que faciliten el conocimiento de la verdad, para lo cual se puede acudir a las llamadas Comisiones de la

¹⁹ GONZÁLEZ, E./VARNEY H. (Eds.). En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz, Brasilia, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil; Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013, p. 7.

Verdad o a mecanismos de investigación de antecedentes en la administración pública para mantener informada a la opinión pública²⁰.

De acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el derecho a la verdad se refiere a varias cuestiones, entre ellas, la determinación del origen de las violaciones; las circunstancias en que se dieron las mismas; los progresos y resultados de la investigación; la suerte y paradero de las víctimas y la identificación de los responsables²¹.

Además de lo anterior, otro derecho que recae en cabeza de las víctimas es el de reparación, que supone es la consecuencia del daño que ha sufrido una víctima, es decir, cuando un victimario causa una violación a los derechos humanos tiene el deber de repararlo. La reparación también tienen un doble carácter, pues debe ser individual o colectiva, dependiendo de la forma como se originó la violación.

La reparación ha sido entendida bajo diversos criterios, es decir, la reparación no está limitada al reconocimiento de una indemnización, sino que debe ir más allá. La ONU ha señalado en diversos documentos en qué consiste la reparación, de tal manera que cuando la reparación es individual, esta deberá contener medidas de restitución, indemnización y de readaptación, que son las mismas medidas de rehabilitación; empero, cuando las medidas han de ser de carácter colectivo, estas deberán contener además, medidas de carácter simbólico²².

Existen otras medidas que generan discusión en relación a su naturaleza, pues algunos consideran que no se trata propiamente de medidas de reparación, pues su propósito es el de identificar y poner fin a las causas que dieron lugar a la violación de derechos humanos²³, estas son las llamadas garantías de no repetición, que pretenden garantizar a las víctimas que el hecho que dio origen a la violación de sus derechos no volverá a presentarse. Estas medidas pueden consistir en el desmantelamiento de las estructuras de grupos armados al margen de la ley, el fortalecimiento de la participación

²⁰ LÓPEZ DÍAZ, C./GONZÁLEZ, D/ERRANDONEA, J. Justicia Transicional en Colombia, 2012, p. 66.

²¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada Consejo de Derechos Humanos. El derecho a la verdad, ONU, 2007.

²² ONU. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el señor L. Joinet, de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, 2 de octubre de 1997.

²³ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, C./GONZÁLEZ, D/ERRANDONEA, J. Justicia Transicional en Colombia, 2012.

efectiva de la población vulnerada, la prevención de delitos y de violaciones a los derechos humanos, entre otras²⁴.

La reparación puede otorgarse por vía judicial o administrativa, lo que garantizará que en efecto la víctima pueda acceder a la misma, ya que no se circunscribe a la capacidad del victimario de otorgarla, sino que deberá el Estado tomar las acciones, por vía administrativa, para satisfacer una verdadera reparación hacia las víctimas.

La justicia transicional se construye entonces, sobre estos tres pilares, que surgen como derechos de las víctimas y de la sociedad en pro de la lucha contra la impunidad, principalmente porque se está ante un nuevo paradigma de solución de conflictos por parte de los Estados, pues el uso inadecuado y desgastado de figuras como las amnistías, fue llevando a las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos a estados de total desprotección, creándose situaciones de tal impunidad en donde los mismos Estados, violadores de derechos humanos, se autootorgaban amnistías con el fin de no tener que responder por las atrocidades causadas²⁵. Esta situación, empieza a generar un rechazo por parte de la comunidad internacional, emitiéndose además, las primeras sanciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales se esclarece que las amnistías tienen unos límites que son precisamente los derechos de las víctimas²⁶.

En la actualidad no cabe duda sobre la necesidad de amparar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; sin embargo, la pregunta que se debe hacer es de qué manera se pueden garantizar estos derechos en su máximo esplendor, si quienes tienen una gran incidencia en el otorgamiento de los mismos son los victimarios. En ocasiones se podría pensar en satisfacer por distintas vías los derechos a la verdad y la reparación, sacrificando el derecho a la justicia, empero, es preciso recordar que los mecanismos

²⁴ SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz. Los derechos a la verdad, justicia y reparación en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en *Víctimas: miradas para la construcción de paz*. Serie Documentos para la Paz, n.º 2, Bogotá D. C., Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano, 2012, p. 77.

²⁵ Cfr. ONU. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el señor L. Joinet, de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, 2 de octubre de 1997.

²⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos vs. Perú*, Serie C Nº 75, 14 de marzo de 2001; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie C Nº 259, 30 de noviembre de 2012; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Serie C Nº 252, 25 de octubre de 2012.

para conseguir la verdad y para reparar no son sustitutivos de la obligación de investigar y sancionar, sino que son complementarios²⁷.

Estas medidas han sido usadas por el Estado colombiano toda vez que se ve en la justicia transicional el apoyo necesario para poder lograr una adecuada transición de conflicto a paz; sin embargo, el modelo de justicia transicional que se implementó por primera vez en Colombia con la Ley de Justicia y Paz, dista mucho de ser el mismo que hoy plantean otras normas, tales como el Marco Jurídico para la Paz o la Ley de Víctimas y Restitución de tierras, ello porque el modelo ha pasado por diversos exámenes, lo que ha permitido ir decantando la figura para hacerla más fidedigna a lo exigido internacionalmente.

II. APLICACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL ÁMBITO COLOMBIANO

La justicia transicional en Colombia empieza a ser aplicada a partir de 2005, cuando se expide la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), y luego se consolida con la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras) y el Acto Legislativo n.º 1 de 2012 que establece el marco jurídico para la paz y que propone un cambio en el paradigma de investigación criminal en el contexto de una justicia transicional.

A continuación se mirarán estas leyes en contexto con los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, haciendo especial énfasis en el Marco Jurídico para la Paz, ya que este introduce elementos importantes para entender la forma como será aplicada esta justicia.

1. Derecho a la justicia

La justicia es un derecho de las víctimas que se materializa al permitirle a estos sujetos el acceso a recursos efectivos e idóneos cuando han sido objeto de graves violaciones de derechos humanos. Es un derecho que como se ha podido advertir no es exclusivo de la justicia transicional, sino que debe ser garantizado por el Estado en todo momento. Sin embargo, en contextos como la justicia transicional este derecho toma unos matices especiales.

La justicia transicional pretende sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos, es decir, esta forma de justicia lucha contra la impunidad, pero debe

²⁷ LÓPEZ DÍAZ, C./GONZÁLEZ, D/ERRANDONEA, J. Justicia Transicional en Colombia, 2012, p. 18.

aplicar estándares diferentes a los de un proceso penal ordinario, pues claramente, para una situación de transición debe existir una justicia penal también especial, que si bien, para algunos puede llegar a rayar en la impunidad, el propósito al momento de aplicarla es en efecto pretender garantizar el derecho a la justicia como tal. Para entender mejor esta posición debe partirse de la base de que la justicia penal no tiene como fin principal la retribución²⁸, es por lo anterior, que la satisfacción a este derecho no puede ser medido en la cantidad de cárcel que se le impone a una persona determinada, sino que debe ir más allá, al permitir a las víctimas tener un recurso efectivo para reclamar la violación sufrida, la posibilidad de acceder a la justicia, que la justicia sea aplicada sin dilaciones y con la posibilidad de conocer la verdad de lo sucedido con la violación de que fue objeto, pero no necesariamente va enmarcada a la necesidad de que alguien pague por lo cometido, en términos eminentemente retributivos.

Es por lo anterior, que para satisfacer este derecho se han creado varios límites que deben ser respetados por los Estados, aun cuando se esté negociando la paz, uno de estos límites tiene que ver con la posibilidad de aplicar las amnistías o los indultos. El uso de estas herramientas en la actualidad se encuentra en la mira, no porque se prohíban, sino porque su uso está restringido, ya que por ningún motivo ante graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario pueden otorgarse amnistías o indultos, sobre todo cuando las mismas son usadas por los mismos Estados con el fin de eximirse de su propia responsabilidad penal²⁹.

Sin embargo, las amnistías no se pueden prohibir máximo cuando son la principal herramienta de negociación que tiene un gobierno; por ello, impedir que se otorguen amnistías sería como ponerle una camisa de fuerza al gobierno para negociar; entonces, si bien puede hacerse uso de las mismas, estas no pueden recaer sobre graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, además de que su aplicación deberá estar acompañada de otros mecanismos que garanticen en mayor medida los derechos a la verdad y la reparación, es decir, los esfuerzos deben ser más grandes si se usan las amnistías.

²⁸ SUÁREZ LÓPEZ, B./JARAMILLO RUIZ, F. La satisfacción del derecho a la justicia en el marco del proceso de paz colombiano. Una mirada a la evolución en materia de responsabilidad penal en el contexto de un proceso de paz y de los actuales estándares internacionales, en *Estudios Sociojurídicos*, 16 (2), Bogotá D. C., Universidad del Rosario, 2014, p. 74.

²⁹ Esta posibilidad ha sido denominada por la doctrina internacional como autoamnistías, que son las concedidas por el propio Estado para dejar impunes hechos violatorios a los derechos humanos, cometidos por parte del mismo Estado.

De hecho, si se analizan las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁰, la prohibición de las amnistías estaba dirigida a evitar la impunidad de actos cometidos por el mismo Estado, quien con el propósito de sustraerse de eventuales investigaciones penales, decide autoamnistiarse eludiendo la acción penal; empero, la situación en Colombia es un tanto diferente, ya que cuando se ha hecho uso de estas figuras no se hace con el propósito de impedir investigaciones penales sino para facilitar un eventual proceso de paz³¹.

Con la inclusión de modelos de justicia transicional, específicamente con la expedición de la Ley 975 de 2005 denominada de “Justicia y Paz”, Colombia tuvo que tomar decisiones en materia de sanciones con el fin de avanzar hacia el camino de la paz; empero, estas decisiones fueron mal vistas por parte de los defensores de Derechos humanos, quienes consideraban una burla el hecho de que ante grandes y graves violaciones de derechos humanos las penas fueran tan irrisorias. Sin embargo, más que centrarse en la cantidad de pena a imponer por determinadas conductas, debe considerarse que el propósito de la ley iba mucho más allá que simplemente penar, y si bien, no se pretende hacer una defensa de la norma, porque es evidente que la misma tiene muchas fallas, sí es importante destacar que a partir de ese momento se empieza a hablar en Colombia otro lenguaje, más incluyente con las víctimas, pero sobre todo, un lenguaje común y con igual propósito como lo es el alcanzar la paz y la reconciliación.

En materia de justicia, la Ley de Justicia y Paz no alcanza a llenar todas las expectativas trazadas, por la misma forma como se pretendió aplicar el proceso, en donde si bien hubo una selección de personas a quienes la ley los podía cobijar, estas resultaron siendo muchas, y en el peor de los casos, las conductas por ellas realizadas eran de gran magnitud, situación que llevó a reconsiderar la forma de investigar y de juzgarlos³². Además, no debe perderse de vista que este proceso ha sido catalogado

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Barrios Altos vs. Perú*, Serie C Nº 75, 14 de marzo de 2001; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie C Nº 259, 30 de noviembre de 2012; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Serie C Nº 252, 25 de octubre de 2012.

³¹ Debe recordarse las amnistías e indultos otorgados a los miembros del M-19, quienes tuvieron un proceso exitoso de reinserción a la vida civil y a la política, pero que ha generado muchas críticas sobre todo en relación con procesos penales que al final se abrieron contra funcionarios del Estado por los mismos hechos que fueron amnistiadas personas que militaban en este grupo guerrillero.

³² Al respecto vale la pena recordar que en virtud de la cantidad de delitos confesados en versiones libres por parte de los postulados de justicia y paz, la Corte Suprema de Justicia permitió la posibilidad de hacer imputaciones parciales, con el propósito de avanzar en el proceso. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 29560, 26 de mayo de 2008, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán; Rad. 30120, 23 de

como heterodoxo y *sui generis* atendiendo a que “se desarrolla paralelo a un conflicto armado aún vigente, sino también en atención al propio camino que se debe recorrer, en la aplicación práctica de mecanismos de verdad, justicia y reparación”³³.

Aunado a lo anterior, la satisfacción del derecho de las víctimas a la justicia también ha sido abordado en otros instrumentos jurídicos, siendo tal vez el de mayor impacto el Acto legislativo n.º 1 de 2012, con el cual se eleva a nivel constitucional el modelo de justicia transicional en Colombia, estableciendo unas características propias a esta concepción.

El Acto Legislativo establece un artículo transitorio que se refiere a los instrumentos de justicia transicional, estableciendo el carácter excepcional de los mismos e indicando que las finalidades del uso de estas herramientas son facilitar la terminación del conflicto y permitir la instauración de una paz estable y duradera. Igualmente indica, que se pretende con estos “garantizar en el mayor nivel posible los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”. Es importante desde ya advertir que cuando se refiere a la garantía de estos derechos en un mayor nivel posible, lo hace teniendo en cuenta lo atrás mencionado, es decir, que al encontrarnos en una situación de tensión entre los derechos a la paz y la justicia, va a existir una afectación a los derechos de las víctimas, pero el esfuerzo debe estar dirigido a tratar de ampliar el margen de protección.

La Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-579/13 declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo, centrándose en la constitucionalidad de la fórmula que trae en materia de investigación penal, pues el Acto Legislativo señala que se aplicarán criterios de selección y priorización de casos, centrandos los esfuerzos de investigación penal en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio.

La Corte indica que esta fórmula es permitida en procesos de transición, ya que al ser medidas excepcionales están llamadas a ser aplicadas para unos casos específicos, de tal manera que no se sustrae el Estado del cumplimiento de su obligación de

julio de 2008, M. P.: Alfredo Gómez Quintero; Rad. 31115, 16 de abril de 2009, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez.

³³ Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Perspectivas del proceso penal especial de Justicia y Paz en una dinámica ampliada de justicia transicional, en <http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/documentos/quinto%20informe%20%20rea%20de%20justicia.pdf> (Consultado: 19/07/2014).

investigar y sancionar a quienes cometan graves violaciones a los Derechos Humanos, sino que inserta una excepción a la regla general de investigar en todos los casos, indicando que aquellos hechos cometidos por autores de graves crímenes podrán ser cobijados con medidas de justicia transicional que permitirán alcanzar la reconciliación y una paz estable y duradera. Igualmente, se indica que no puede el Estado dejar de investigar las graves violaciones de Derechos Humanos, pero que el uso de criterios de priorización y selección es perfectamente permitido.

Se avala esta decisión de la Corte, toda vez que en efecto el uso de la priorización y selección no conlleva a la impunidad, por el contrario, esta fórmula permite centrar los esfuerzos en la investigación de los máximos responsables, permitiendo de hecho una satisfacción al derecho a la verdad, pues se pretende con ello develar la ocurrencia de crímenes en el contexto de una macrocriminalidad, pudiendo esclarecer el *modus operandi* y la incidencia de los responsables en la ejecución de estas políticas.

Es importante advertir que pretender investigar, enjuiciar y sancionar a todas y cada una de las personas que realizaron delitos de genocidio, lesa humanidad, o crímenes de guerra sí podría llevar a un caos institucional que se traduce en impunidad, ya que el aparato judicial no está preparado para investigar todas las violaciones de derechos humanos individualizando la participación delictiva de cada persona, y este desgaste podría llevar a que se inicien procesos que no van a culminar de manera adecuada.

Precisamente, esta fórmula ha sido usada en contextos de graves y grandes violaciones a derechos humanos, siendo el principal referente la jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, en donde se seleccionaron unos casos y se priorizaron los más “emblemáticos” con el propósito de brindar una adecuada aplicación de la justicia³⁴.

Es por lo anterior que la introducción de estos criterios de priorización y selección no debe ser vista como mecanismo que pretende usar el Estado para eximirse de su responsabilidad de investigación y sanción, sino como el mecanismo para hacer la justicia más eficiente. Sin embargo, despierta especial interés cuáles serán los criterios que deberá establecer el Fiscal General de la Nación a efectos de priorizar el ejercicio

³⁴ BERGSMO, M./SAFFON, M. Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo priorizar y seleccionar casos de crímenes internacionales centrales?. En AMBOS, Kai (Coord.), Selección priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Bogotá D. C., GIZ-ProFis, 2011, pp. 33 y ss.

de la acción penal, así como los requisitos y condiciones que deberá instituir la ley estatutaria de que habla el Acto Legislativo, a efectos de determinar los criterios de selección.

2. Derecho a la verdad

De acuerdo con lo atrás expuesto, el derecho a la justicia de las víctimas puede tomar un tinte un poco diferente en virtud del proceso especial de justicia transicional que se adopte; sin embargo, no se puede decir lo mismo en relación con el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad, ya que la verdad debe ser garantizada en su totalidad, pues una verdad a medias conlleva a una paz a medias, y por ende al fracaso del proceso.

Atrás se señaló el contenido del derecho a la verdad, por lo cual conviene analizar en este momento cuál ha sido el tratamiento que en Colombia se la ha dado. Lo primero, será indicar que la Ley 975 de 2005 contemplaba el derecho a la verdad en cabeza de las víctimas y de la sociedad y como un derecho “inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada”³⁵. Lo que más llamaba la atención de la definición que traía esta ley era que solo se preveía la satisfacción de este derecho por la vía judicial, es decir, era el proceso penal la vía idónea por medio de la cual tanto víctima y sociedad podían lograr acceder a la verdad. Esta posición era claramente contraria a lo establecido por los organismos internacionales, en donde se ha establecido que el Estado debe crear no solo mecanismos judiciales, sino extrajudiciales para la satisfacción del derecho a la verdad, como lo son por ejemplo el establecimiento de comisiones de la verdad.

Esta situación, entre otras, llevaron al Estado colombiano a emitir una norma mucho más armónica con los derechos de las víctimas, cual es la Ley 1448 de 2011, la cual contiene normas más garantistas para las víctimas y la sociedad en general; sin embargo, el concepto de derecho a la verdad que maneja esta ley sigue quedándose corto, en cuanto a la obligación del Estado de satisfacer este derecho por vías diversas a las judiciales, aunque haciendo un análisis integral de la norma, hubo un avance ya que los artículos 143 al 145 establecían el deber de memoria en cabeza del Estado, si bien, esto no puede siquiera compararse con lo que debe ser una comisión de la verdad, sí

³⁵ Ley 975 de 2005, artículo 7°.

puede advertirse que el Estado avanza en su compromiso por lograr establecer lo ocurrido³⁶.

Partiendo de lo anterior, el Acto Legislativo n.º 1 de 2012 sí supone un paso adelante en materia del derecho a la verdad, sobre todo cuando señala:

Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. **En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones u funciones** (Énfasis suplido).

Las comisiones de la verdad son mecanismos que permiten la materialización del derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad, estas surgieron tras la finalización de regímenes represivos, favoreciendo la reconciliación nacional ya que permiten conocer la verdad de lo sucedido para lograr el tránsito hacia el perdón. La verdad puede ser alcanzada por diferentes vías, pero lo importante es que exista un compromiso por parte del Estado en la construcción de esa verdad, pues no es un asunto exclusivo de los victimarios o de las víctimas, es por ello que las comisiones de la verdad son solo un mecanismo para lograr la reconciliación mediante la revelación de la verdad de lo ocurrido, pero no es el único³⁷.

Las comisiones de la verdad son “organismos de investigación oficiales, temporales, no judiciales, encargados de indagar sobre una constante de abusos contra los derechos humanos, incluidos los crímenes contra el derecho internacional, y de determinar la verdad”³⁸. Para que estas comisiones funcionen verdaderamente debe existir un gran compromiso de quienes se someterán a las mismas y de los encargados de dirigir la comisión.

Las comisiones de la verdad fueron creadas como organismos no jurisdiccionales que apoyarán al conocimiento de la verdad cuando habían graves violaciones de derechos humanos, estos organismos se creaban después de que el periodo de violaciones masivas había cesado, y el propósito principal era el de apoyar a la reconciliación nacional. El trabajo de las comisiones de la verdad ayuda a trazar rutas de apoyo a las víctimas, ya que conociendo de las violaciones de que fueron objeto, el apoyo psicosocial es más fácil de diseñar. Igualmente, a través de las comisiones de la

³⁶ SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz. Los derechos a la verdad, justicia y reparación, 2012, p. 72.

³⁷ Cfr. GONZÁLEZ, E. Y VARNEY, H. En busca de la verdad. 2013.

³⁸ Amnistía Internacional. Comisiones de la Verdad. Disponible en: <http://www.amnesty.org/es/international-justice/issues/truth-commissions> (Consultado: 14/06/2014).

verdad se puede conocer sobre la participación de determinadas personas en la comisión de graves crímenes por lo que pueden aportar a la satisfacción del derecho a la justicia³⁹.

Debe aclararse que si bien las comisiones de la verdad no son los únicos organismos encargados del esclarecimiento de la verdad sí juegan un papel muy importante en la búsqueda de la misma, es por ello que el establecimiento de estas comisiones no puede traducirse en la sustracción de funciones al poder judicial, pues es absolutamente claro que el primer llamado a satisfacer este derecho es el Estado por medio de la puesta en marcha del aparato judicial; empero, esta situación no puede dejar de lado una realidad, cual es que en ocasiones la satisfacción de la verdad por medio de procesos judiciales se hace lenta y aún puede dejar vacíos que afecten a las víctimas o a la sociedad por la misma decisión del Estado de centrar sus esfuerzos investigativos en determinados casos. Ante estos inconvenientes las comisiones de la verdad adquieren un gran protagonismo; de hecho, se considera que siempre deben existir las mismas cuando se está aplicando conceptos de justicia transicional, bajo el entendido que al ser mecanismos no judiciales para el esclarecimiento de la verdad, pueden generar resultados más rápido que los propios procesos judiciales.

Las comisiones de la verdad tienen tres grandes objetivos que cumplir: 1) Lo primero será poner de acuerdo a las partes enfrentadas en relación con hechos violentos que o bien son negados o discutidos; 2) Reconocer a las víctimas, esto porque en ocasiones la versión de la víctima no es tenida en cuenta, lo que genera más violaciones hacia la misma, acá se pretende reconocerla, protegerla y empoderarla; 3) Proponer cambios en materia de políticas públicas para lograr una transformación social y política⁴⁰.

Se espera que la comisión de la verdad que sea adoptada por Colombia como mínimo atienda a estos principios básicos en cuanto a su funcionamiento, conformación y actuación.

3. Derecho a la reparación

El derecho a la reparación también ha sido objeto de una grata evolución dentro del Estado colombiano, en primer lugar porque si bien la Ley 975 de 2005 establece que este derecho comprende la reparación en diferentes aspectos como la restitución,

³⁹ CUYA, Esteban. El impacto de las Comisiones de la Verdad en América Latina, en <http://www.derechos.org/nizkor/doc/articulos/cuya.html> (Consultado: 14/06/2014).

⁴⁰ GONZÁLEZ, E./VARNEY, H. (Eds.). En busca de la verdad. 2013., p. 13.

indemnización, satisfacción, rehabilitación y las garantías de no repetición, se quedaba corta, pues no comprendía el carácter integral de la medida. Es decir, la reparación no puede ser vista como una medida que se le otorgue a la víctima de un conflicto, sino que debe ir mucho más allá. En ese sentido, la Ley 1448 de 2011 comprende un concepto mucho más amplio e inclusivo de la figura así:

Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante⁴¹.

Esta concepción se muestra mucho más adecuada con lo establecido en estándares internacionales⁴², ya que tienen en cuenta que la reparación debe ser diferente teniendo en cuenta el hecho victimizante, así como el estado de vulnerabilidad de la víctima.

Todo ello lleva a indicar que las medidas de reparación deben ser integrales, integralidad entendida como el diseño adecuado y apropiado para cada situación, y que haga coherente su aplicación con los objetivos que se pretenden alcanzar. Igualmente, estas medidas deben ser coherentes y eficaces, de tal manera que “no pueden verse aisladas, sino como un conjunto de acciones destinadas a restituir los derechos de las víctimas y proporcionar a los beneficiarios suficientes elementos para mitigar el daño producido por las violaciones, promover su rehabilitación y compensar las pérdidas”⁴³.

El principal reto que ha tenido Colombia en materia de reparación tiene que ver con la posibilidad de restitución de tierras ante desplazamientos forzados, principalmente porque estas medidas han querido ser implementadas en un contexto muy difícil, y es que si bien, la justicia transicional no debe activarse solo cuando el conflicto haya desaparecido, no es menos cierto que su implementación se ve sujeta a mayores obstáculos, y precisamente, estos obstáculos son más latentes cuando se pretende devolver a las víctimas determinadas tierras sin que pueda garantizarse el goce efectivo de las mismas.

⁴¹ Ley 1448 de 2011, artículo 25.

⁴² Cfr. Resolución A/RES/60/147 del 24 de octubre de 2005, sobre “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

⁴³ MARTÍN BERISTAIN, Carlos. Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010, p. 14.

CONCLUSIÓN

Lo anteriormente expuesto deja en evidencia varias conclusiones, en primer lugar, que la justicia transicional es una herramienta que puede ser usada para facilitar la implementación de un proceso de paz. Igualmente, para que la justicia transicional sea eficaz debe respetar unos parámetros internacionalmente establecidos, lo cual hará que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación sean el límite a las decisiones que deba tomar el Estado.

En Colombia la implementación de la justicia transicional se ha dado de manera exitosa, si bien, todavía existen muchos retos que deben ser alcanzados y obstáculos que han de superarse, puede observarse que el camino está bastante avanzado. En el 2005 cuando se empezó a implementar este modelo especial de justicia, eran muchas las dudas acerca del alcance y de las posibilidades que esta justicia podía otorgar, pero poco a poco se ha ido avanzando, sobre todo sin pasar por alto que el eje principal de la justicia transicional son las víctimas, de tal manera que cuando los derechos de estas son desconocidos, las medidas que se tomen están llamadas al fracaso.

Igualmente, debe resaltarse la necesidad que la misma sociedad comprenda que se encuentra en un contexto excepcional, en el cual, la aplicación de formas de justicia tradicionales, como la retributiva, no van a poder aportar a la reconciliación nacional, de hecho los mismos pueden ser insuficientes para alcanzar la demanda a la satisfacción de los derechos de las víctimas, por lo que se hace necesario aplicar la justicia de transición, la cual debe entenderse como transitoria y no permanente. Esto no puede traducirse en una incapacidad institucional en materia de investigación y sanción, sino un reconocimiento apenas lógico de que ante múltiples y graves violaciones de derechos humanos, el aparato judicial se queda corto para poder brindar una adecuada investigación sin generar impunidad, pues este tipo de violaciones se comenten en contextos de estructuras complejas o de macrocriminalidad que impiden aplicar métodos clásicos de investigación⁴⁴.

La historia de la justicia transicional en Colombia apenas inicia su camino y la esperanza es que el mismo esté marcado por la garantía y respeto de los derechos y no por sanciones internacionales, el reto ahora es permitir que la paz se construya sobre los

⁴⁴ VAN ZYL, Paul. Promoviendo la justicia transicional, 2012, pp. 48-49.

parámetros internacionales y que Colombia sea un referente en materia de aplicación adecuada de este modelo de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. El marco jurídico de la justicia transicional, en AMBOS, K./MALARINO, E./ELSNER, G. (Eds.), Justicia de Transición, Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, Montevideo, Konrad-Adenauer, 2009, pp. 23-129.

APONTE CARDONA, Alejandro. El proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional, Bogotá D. C., Centro Internacional de Toledo para la Paz-CITpax, 2011.

Amnistía Internacional. Comisiones de la Verdad, en <http://www.amnesty.org/es/international-justice/issues/truth-commissions> (Consultado: 14/06/2014).

BERGSMO, M./SAFFON, M. P. Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo priorizar y seleccionar casos de crímenes internacionales centrales?, en AMBOS, Kai (Coord.), Selección priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, Bogotá D. C., GIZ-ProFis, 2011, pp. 23-112.

CARACOL.COM, ONU pide respaldo a proceso de paz en Colombia, 29 de enero de 2014, en <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/onu-pide-respaldo-a-proceso-de-paz-en-colombia/20140129/nota/2065418.aspx> (Consultado: 24/04/2014).

CUYA, Esteban. El impacto de la Comisiones de la Verdad en América Latina, en <http://www.derechos.org/nizkor/doc/articulos/cuya.html> (Consultado: 14/06/2014).

FISAS, Vincenç. Procesos de paz y negociación en conflictos armados. Barcelona, Paidós, 2004.

_____. ¡Alto al fuego! Manual de procesos de paz. Barcelona, Icaria, 2010.

GONZÁLEZ, E./VARNEY H. (Eds.). En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz, Brasilia, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil; Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2013.

LÓPEZ DÍAZ, C./GONZÁLEZ, D./ERRANDONEA, J. Justicia Transicional en Colombia, en FORER, A./LÓPEZ DÍAZ, C. (Eds.), Colombia: un nuevo modelo de justicia transicional, Bogotá D. C., GIZ-Embajada de la República Federal de Alemania, 2012, pp. 11-114.

MARTÍN BERISTAIN, Carlos. Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo II, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.

Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Perspectivas del proceso penal especial de Justicia y Paz en una dinámica ampliada de justicia transicional, en <http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/documentos/quinto%20informe%20%20rea%20de%20justicia.pdf> (Consultado: 19/07/2014).

ONU, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el señor L. Joinet, de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, 2 de octubre de 1997.

RETTBERG, Angélica. Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional, Bogotá D. C.: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencia Política, CESO, 2005.

SUÁREZ LÓPEZ, Beatriz. Los derechos a la verdad, justicia y reparación en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en Víctimas: miradas para la construcción de paz, Serie Documentos para la Paz, N.º 2, Bogotá D. C., Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012, pp. 65-85.

SUÁREZ LÓPEZ, B./JARAMILLO RUIZ, F. La satisfacción del derecho a la justicia en el marco del proceso de paz colombiano. Una mirada a la evolución en materia de responsabilidad penal en el contexto de un proceso de paz y de los actuales estándares internacionales, en Estudios Sociojurídicos, 16 (2), Bogotá D. C., Universidad del Rosario, 2014, p. 61-88.

UPRIMNY YEPES, R./SAFFON, M. P. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades, en ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia, Bogotá D. C., Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 109-138.

UPRIMNY YEPES, R./SÁNCHEZ DUQUE, L./SÁNCHEZ LEÓN, N., Justicia para la paz, Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Bogotá D. C., DeJusticia, 2014.

VAN ZYL, Paul. Promoviendo la justicia transicional en sociedades posconflicto, en REÁTEGUI, Félix (Ed.), Justicia transicional, Manual para América Latina, Brasilia-Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, pp.47-72.

NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA

Acto Legislativo n.º 1 de 2012 de 31 de julio de 2012, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Ley 975 de 2005, Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, *Diario Oficial* n.º 45.980 de 25 de julio de 2005.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013, M. P.: José Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Rad. 29560, 26 de mayo de 2008, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Rad. 30120, 23 de julio de 2008, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Rad. 31115, 16 de abril de 2009, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Barrios Altos vs. Perú, Serie C n.º 75, 14 de marzo de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Serie C Nº 259, 30 de noviembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Serie C Nº 252, 25 de octubre de 2012.

* * * * *

Análisis de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea

~M.^a Irene Álvarez de Basterrechea~
Juez Sustituta, León. Socia de la FICP.

Resumen.- La cooperación judicial internacional se basa en los principios de armonización y de intercambio mutuo de resoluciones judiciales, dándose también en el ámbito penal, de ahí la promulgación entre otras de la LO 7/2014 objeto de análisis de esta ponencia, que traspone y complementa las dos Decisiones Marco que para facilitar y tender a dicha cooperación existían y se venían aplicando: la 2008/315/JAI, de 26 de febrero 2009, relativa a la organización y contenido del intercambio de información de los antecedentes penales entre los registros de los Estados miembros, y la 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio sobre la consideración de las resoluciones condenatorias penales entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Esta ley refleja la nueva forma de cooperación judicial, supone un cambio en las relaciones entre los Estados miembros al haber ahora una intervención directa de los órganos judiciales lo que conlleva una mayor agilización y simplicidad en la transmisión de las resoluciones judiciales, siendo en España el Registro Central de Penados, dependiente del Ministerio de Justicia, la autoridad que permite realizar este intercambio de información con los demás registros nacionales de los Estados de la Unión, dotando de mayor seguridad jurídica una práctica que ya se venía realizando en nuestro país, regulando la citada ley orgánica, la forma, procedimiento y requisitos para llevar a cabo la cooperación penal.

I. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

Ha de tenerse en cuenta, como indica la Instrucción 2/2009 para el fomento de la cooperación jurídica internacional de la Secretaría General de Justicia, la trascendencia que alcanza la cooperación jurisdiccional frente a las nuevas formas de delincuencia transnacional, los retos que en el tráfico comercial ha suscitado la globalización y la incidencia de una sociedad interrelacionada como la actual, circunstancias éstas que no pueden resultar ajenas a la actual forma de trabajar de los órganos jurisdiccionales, y por ello la necesidad de que exista un régimen de auxilio judicial internacional para poder obtenerse la tutela judicial efectiva y un espacio judicial europeo que siendo cada vez más amplio, precisa de la participación y colaboración de todos los integrantes de la Administración de Justicia a los que hay que dotar de instrumentos técnicos y normativos, vinculantes que permitan hacer efectiva esta asistencia judicial internacional.

II. RELACIÓN CON LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE.

Con esta idea han ido surgiendo diversas normas, destacando la Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre, sobre Intercambio de Información de Antecedentes penales y

Consideración de Resoluciones Judiciales Penales en la Unión Europea, que está muy relacionada con la reciente Ley 23/2014, de 20 noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea, la cual, como indica en su preámbulo, tras el Tratado de Amsterdam que creó un espacio de libertad, seguridad y justicia, los Estados Miembros siguen reforzando los mecanismos de cooperación judicial a través de la aplicación de dos principios: el de la armonización de legislaciones y el del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales que se basa en la confianza entre los Estados, siendo el mismo fundamental para la cooperación judicial tanto civil como penal de la Unión y que ha supuesto un cambio fundamental en las relaciones de cooperación permitiendo que la resolución dictada por una autoridad judicial de un Estado se reconozca y ejecute en otro salvo que exista algún motivo para denegar este reconocimiento, adquiriendo condición de principio jurídico.

Esta cooperación supone e implica un cambio en las relaciones al sustituirse las comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas, por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprime la doble incriminación en relación con ciertos delitos, siendo excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución ya que existen al respecto ciertos motivos que se encuentran tasados legalmente. Se logra también simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión con el uso de un formulario o certificado a cumplimentar por las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro.

III. EL PORQUÉ DE ESTA LEY ORGÁNICA.

En este marco, era precisa la creación de la LO 7/2014, dictada al amparo de lo establecido en el art. 149.1,6ª de la Constitución -disposición final segunda-, precepto que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación penal y procesal, siendo publicada en el BOE, el 13 de Noviembre 2014, y que ha entrado en vigor a los veinte días de dicha publicación. Con ella se pretende incrementar la eficacia de la cooperación judicial y la seguridad de los ciudadanos dentro del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, al hacerse el intercambio de información sobre condenas penales entre los Estados miembros.

En el preámbulo de citada ley se indica que los principios de armonización de legislaciones y de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, son sobre los que se articula la cooperación judicial, habiendo supuesto el segundo de ellos, un cambio en las

relaciones de cooperación entre los Estados Miembros permitiendo que el reconocimiento y ejecución o el cumplimiento de resoluciones judiciales pueda ser efectiva no sólo en el Estado que la dicta, sino en los demás.

Esta forma de cooperar judicialmente supone un cambio en las relaciones entre los Estados miembros al sustituir la comunicación entre las autoridades centrales o gubernativas por las comunicaciones directas entre las autoridades judiciales, simplificándose así los procedimientos de transmisión y adquiriendo mayor rapidez, aunque los Ministerios de Justicia, como autoridades centrales, siguen siendo una gran ayuda en este sistema de actuación.

Este revulsivo, ya se apreciaba con la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 julio 2008 sobre las consideraciones de las resoluciones condenatorias entre los Estados Miembros con motivo de un nuevo proceso penal, y con la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 febrero 2009 sobre el intercambio de información de los Registros de Antecedentes Penales de los Estados Miembros, normas que se trasponen en esta Ley Orgánica y que son complementadas en diversos aspectos por la misma.

IV. BREVE REFERENCIA A LAS DECISIONES MARCO QUE TRASPONE Y COMPLEMENTA

La Decisión Marco 2008/315/JAI de 26 febrero 2009 mejoró los intercambios de información entre los Estados miembros en relación a las condenas recogidas en su Registro de Antecedentes Penales. Siendo sus objetivos:

- la forma en que un Estado miembro ha de transmitir su información sobre condena al Estado miembro de la nacionalidad del condenado;
- la obligación de los Estados miembros de nacionalidad de conservar la información sobre condenas y qué procedimiento ha de seguir cuando respondan a la información pedida sobre sus ciudadanos;
- y establecer un marco para el desarrollo de un sistema informatizado de intercambio de información sobre condenas.

Se designaba una o varias Autoridades Centrales para que se encargara de las tareas de este intercambio de información, debiendo los Estados miembros informarse no sólo de la condena sino que el Estado de condena debía de informar sobre la nacionalidad de la persona condenada en su territorio y recogida en su Registro de

Antecedentes Penales, así como de la modificación o cancelación de la condena; conteniendo la notificación que se realizaba, información de la persona, naturaleza y contenido de la condena, del delito que la motiva, así como toda información opcional y adicional que conste en el Registro Central.

Se informaba de lo que piden y además se les remitía todo lo que hubiera en el Registro sobre esa persona, y siempre utilizable sólo para lo que se había pedido o para el proceso concreto, salvo que se usara para fines que evitaban amenazas graves e inminentes para la seguridad jurídica.

En aplicación del art. 11 de esta norma se establece en la Decisión 2009/316, 6 abril 2009, el ECRIS (Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales), un sistema que permite la interconexión electrónica de los registros de Antecedentes Penales de los Estados miembros para que la transmisión sea uniforme y sencilla, usando para ello unos formularios estandarizados.

En cuanto la Decisión Marco 2008/675, de 24 Julio 08, referir que la Unión Europea tiene por objetivo el mantenimiento y desarrollo de un espacio de libertad, justicia y seguridad, lo que hace que las resoluciones condenatorias dictadas por un Estado miembro se puedan tener en cuenta fuera de él para prevenir nuevas infracciones y como motivo de un proceso penal. Por ello que la Decisión Marco establezca una obligación mínima para los Estados miembros, abarcando a las resoluciones definitivas dictadas por autoridades administrativas susceptibles de recursos judiciales penales, si bien algunos Estados miembros no las admiten y sólo atienden a las dictadas por órganos jurisdiccionales nacionales, de ahí que habría de establecerse el principio por el que todo Estado miembro atribuya a las condenas dictadas por órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo a su Derecho Nacional plenos efectos, ya sean estos efectos de hechos, de derecho procesal o de derecho sustantivo.

Esta Decisión no ha obligado a ejecutar en un Estado miembro las decisiones judiciales tomadas en otro, sino que permite que se puedan vincular consecuencias jurídicas a una condena anterior pronunciada por un Estado miembro, con motivo de un nuevo proceso penal, en otro Estado en la medida que estén vinculadas a penas nacionales previas según el derecho de cada Estado, no siendo obligatorio tampoco tener en cuenta las condenas anteriores cuando la información obtenida sobre las mismas no es suficiente, o cuando no sea posible dictar una sentencia nacional por el

hecho que haya dado lugar a la condena anterior, o cuando la sanción anteriormente impuesta no se prevé en el ordenamiento jurídico nacional.

Se ha evitado en la medida de lo posible, el hecho de que por motivo de un nuevo proceso penal en un Estado miembro se tenga información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro y que ello de lugar a que el afectado reciba un trato menos favorable que si esa condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional, pudiendo reducir la condena, si fuera posible, a las causas nacionales cuando es excesivamente desproporcionada para el delincuente según sus circunstancias, y cuando la finalidad perseguida por la sanción se pueda conseguir con otra condena inferior.

La norma respetó el principio de subsidiariedad ya que lo pretendido era aproximar las normas legales y reglamentarias de los Estados miembros, algo que no puede alcanzarse con la actuación unilateral de los mismos sino con una actuación concertada a nivel de la Unión Europea, y excluyó la posibilidad de revisar una condena anterior, pero sin impedir a ningún Estado miembro adoptar una decisión para poder vincular los efectos jurídicos equivalentes a tal condena, sin que los procedimientos a seguir para dictarla imposibiliten tal vinculación equivalente.

La interferencia con una sentencia o con su ejecución, abarca el caso en que con arreglo al derecho nacional del segundo Estado miembro, la pena se incorpore a otra o se incluya en ella, y en este caso ha de ejecutarse siempre que la primera condena no haya sido aún ejecutada o su ejecución no se haya trasferido al segundo Estado.

V. ANÁLISIS DE LA LO 7/2014 SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES Y CONSIDERACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Tendiendo en cuenta las decisiones analizadas, y complementando diversos aspectos de las mismas, esta ley establece las obligaciones mínimas para que las resoluciones penales condenatorias anteriores dictadas en un Estado miembro se tengan en cuenta en un nuevo proceso penal contra la misma persona por hechos distintos y en otro Estado miembro.

La información sobre referida condena penal firme, se obtiene mediante los instrumentos previstos por la asistencia jurisdiccional en materia penal entre los Estados miembros o el intercambio de información de los registros de antecedentes penales.

Para conseguir ésto, los Estados miembros han de garantizar que se tomen en consideración con motivo de un nuevo proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas contra él en otro Estado miembro en las mismas condiciones que las condenas nacionales anteriores dictadas en su contra y ello ha de ser tanto en la fase previa o de investigación, como en el propio proceso y en la propia fase de ejecución. Entre otras se tendrán en cuenta en lo que se refiere a las normas procesales aplicables incluidas, las relativas a:

- detención provisional
- calificación de la infracción
- tipo y nivel de la pena impuesta
- ejecución de la resolución

Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se ha cometido antes de que la condena anterior fuera dictada o ejecutada completamente, no se exigirá a los estados que apliquen su legislación nacional sobre imposición de sanciones, siempre que la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras, limite al órgano jurisdiccional al imponer una sanción. No obstante, se garantizará que las condenas anteriores se tengan en cuenta en el nuevo proceso.

En el título preliminar de la Ley Orgánica 7/2014, norma en la que se centra esta ponencia, se recoge su objeto, que es, como indica el artículo 1, regular el régimen aplicable al intercambio de información sobre antecedentes penales de las personas físicas entre el Registro Central de Penados y las autoridades encargadas de los registros nacionales de cada Estado miembro; y considerar en los procesos penales tramitados en España, las resoluciones condenatorias definitivas y firmes dictadas por un órgano jurisdiccional penal de otro Estado miembro de la Unión Europea en el procedimiento seguido a consecuencia de la comisión de un delito, con anterioridad contra las mismas persona físicas.

También se contempla el régimen jurídico aplicable, indicando el artículo 2 que la cooperación entre las autoridades españolas y las de los demás Estados de la Unión

Europea se rige por la ley; pero también por lo indicado en los convenios bilaterales o multilaterales celebrados con otros Estados miembros; en los protocolos o convenios que los modifiquen o sustituyan, así como en las normas de la Unión directamente aplicables en esta materia.

Le sigue el Título I -cuyos preceptos, como indica la Disposición Final Primera no tienen naturaleza orgánica-, relativo al intercambio de información sobre antecedentes penales. Se encuentra dividido en tres capítulos: el primero indica que en nuestro país la autoridad central que recibe y remite la información de las notas de condena de antecedentes penales es el Registro Central de Penados, a través de vía electrónica y conforme a unos protocolos comunes, y sólo cuando ello no fuera posible, se hará en un formulario que se recoge en el anexo de la propia ley, debiendo realizarse tal información por cualquier medio que deje constancia escrita de ello y que permita establecer su autenticidad, debiendo enviarse traducido a la lengua oficial del Estado al que se dirige o a una de las lenguas oficiales que éste acuerde (arts. 3 y 4).

En el capítulo segundo se regulan las notificaciones de sentencias condenatorias firmes entre los Estados miembros de la Unión Europea, indicando que en el Registro Central de Penados se inscriben tales notas que remite la autoridad central del Estado miembro de condena, y si ciertamente el Registro aprecia que la notificación se refiere a una persona que no tiene nacionalidad española la rechaza, salvo que esa persona hubiera sido antes codenada aquí o hubiera sido residente o hubiera tenido nacionalidad española. Existen normas concretas como son las relativas a que si la notificación se refiere a menores de edad penal, que lo sean según el estado de condena o la ley nacional, se tendrá en cuenta sólo a efectos de transmitirse a otros Estados miembros; y las referidas a que el Registro puede modificar o cancelar esta información cuando así se lo comunique la autoridad central del Estado que condena, pero que han de mantenerse para transmitirse a otros Estados miembros si así lo indicara dicha autoridad central.

El registro informa sobre las condenas pronunciadas en España a la autoridad central del Estado de la nacionalidad del condenado, haciéndole saber que no puede transmitirla fuera de un proceso penal, y en el caso de tener varias nacionalidades el condenado, se transmitirá a cada uno de los Estados; también comunicará en su caso, las posteriores modificaciones o cancelaciones de la información que en él consten.

Salvo que se desconozca, la información versará sobre el condenado (nombre y apellidos, alias, lugar y fecha de nacimiento, nombre de los padres, sexo, documento de identidad, nacionalidad), la condena (fecha de la sentencia, su firmeza, órgano sentenciador y ejecutor); el delito (identificación, artículo aplicado, fecha y lugar de comisión), y contenido de la condena (pena principal, accesorias, medidas de seguridad y en su caso resoluciones que modifiquen la ejecución de la pena), impresiones dactilares obtenidas y cualquier otra información sobre la condena que consta en él.

Las notificaciones de las condenas penales de nacionales de países de la Unión Europea dictadas por los órganos jurisdiccionales españoles, se comunicarán a la mayor prontitud y como máximo en el plazo de dos meses desde que se remitieron a dicho Registro Central de Penados (arts. 5 a 8). Esta ley pretende proporcionar mayor seguridad jurídica a la actuación que desde tiempo, viene desarrollando el Registro Central de Penados en el que consta la información referida a las condenas impuestas a los españoles o a personas que hayan residido aquí, por los tribunales de otro Estado miembro, y las condenas dictadas en España que se comunican a las Autoridades Centrales del Estado de la nacionalidad del condenado, así como sus modificaciones o en su caso la cancelación, no permitiendo su utilización fuera de un proceso penal.

El capítulo tercero regula la información sobre antecedentes penales a petición de una autoridad central, que abarca la contenida en el registro excepto las notas canceladas, pero en el caso de nacionales de otros Estados miembros o personas que hayan tenido residencia o nacionalidad en ellos, comprenderá también las anotaciones que consten, según sus ordenamientos jurídicos, en los registros nacionales. Podrá consultar a la autoridad central de otro Estado miembro los antecedentes de una persona cuando sea preciso en un procedimiento penal o para otro fin válido previsto en el ordenamiento jurídico español.

En el caso de que sea una persona quien desea un certificado de sus antecedentes penales, ha de indicar si tiene o ha tenido nacionalidad o residencia en otro Estado miembro pues de ser así el Registro Central pedirá a la autoridad central información sobre la misma persona para completar la que él dispone. Si la consulta no se hace en un procedimiento penal se responderá con toda la información que se tenga y pueda obtenerse por la autoridades españolas y la autoridad central que la solicita, ha de indicar que cuenta con el consentimiento de afectado, salvo en los supuesto en que conforme a la ley española, haya obligación por ley de aportar tal certificado; si bien y

en el caso de tener información no retransmisible de otros Estado miembros, se hará saber a la autoridad central correspondiente.

La información se facilitará en el plazo de diez días hábiles desde que se recibe la consulta, o en el de veinte días hábiles desde la recepción de la consulta cuando tras interesarla un particular, la autoridad central la solicite a dicho Registro Central respecto de un condenado que sea o haya sido español o residente en España.

Los datos personales que se facilitan no se conservan en este registro salvo que se pidan por el mismo para actualizar la información de la que dispone, haciéndolo constar así en la solicitud. La información transmitida a Estados no miembros de la Unión Europea, en virtud de Convenios y Tratados Internacionales suscritos por España sobre los antecedentes penales de un condenado español, ha de tener en cuenta los límites previstos en la transmisión de dicha información, aunque podrán usarse los datos para proteger el orden público y la seguridad nacional en los casos de amenaza inminente y grave (arts. 9 a 14).

El Título II regula la consideración de resoluciones condenatorias dictadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea en dos únicos artículos: el 14 y el 15. Este Título consagra el principio de equivalencia de sentencias dictadas en la Unión Europea a tomar en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos, es decir, las sentencias condenatorias dictadas anteriormente en España o en otro Estado miembro de la Unión, han de ser tenidas en cuenta antes y durante el proceso así como en la ejecución de la condena, (ej resolver sobre la prisión preventiva, a cerca de la cuantía de la fianza, suspensión de la ejecución de una pena, su revocación, conceder la libertad provisional...); quedando ésto limitado en sus efectos a los que tuvieron una condena dictada en España y sujeta al requisito de que la condena en otro Estado miembro hubiera sido impuesta por hechos punibles según la ley española vigente en la fecha de la comisión del hecho.

Se regula también en él, los supuestos en que las condenas no pueden tomarse en consideración como son a efectos de la revisión de la condena que se impuso con anterioridad en España, o de las resoluciones para iniciar la ejecución; condenas a imponerse después en España por delitos cometidos en otro Estado miembro; y en relación a las resoluciones sobre la fijación de los límites del cumplimiento de la pena que se dicten conforme al artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) si incluyen alguna de estas condenas.

La necesidad de firmeza de las condenas impuestas en otros Estados, es otra garantía que impide que se puedan tomar en consideración, en su defecto.

La forma de recabar información sobre las resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados miembros será por el Juez o Tribunal y mediante el intercambio de información sobre antecedentes penales o a través de los instrumentos de asistencia judicial vigentes; así el Registro Central de Penados se convierte en un medio de apoyo a la labor de los Tribunales que las tomarán en su caso, en consideración cuando la información así obtenida sea suficiente.

Concretamente, el artículo 14 regula los efectos jurídicos que tienen las resoluciones condenatorias anteriores, en un proceso penal nuevo, tales condenas ya firmes, dictadas en otros Estados miembros contra la misma persona y por diferentes hechos, surtirán en un nuevo proceso penal los mismos efectos que tendría dicha condena si se dictara en España siempre que se impongan por hechos punibles según la ley española vigente a la fecha de su comisión, y que se haya obtenido información suficiente sobre tales condenas a través de los instrumentos de asistencia jurídica aplicable o bien gracias al intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales.

Se contienen en dicho precepto los tres supuestos en los que las sentencias penales condenatorias y firmes dictadas en otro Estado miembro no tendrán efecto ni producen su revocación ni revisión, y son los siguientes:

- a) sobre las sentencia firmes dictadas por los órganos jurisdiccionales españoles ni sobre las resoluciones adoptadas para su ejecución,
- b) sobre las sentencias que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de dictarse sentencia condenatoria por los tribunales de otro Estado miembro, y
- c) sobre los autos dictados o que deban dictarse conforme a lo preceptuado en el artículo 988.3 LECRIM, que fijen los límites de cumplimiento de penas que contenga alguna de las condenas indicadas en el apartado b) referido.

Por su parte, en el artículo 15 se regula la solicitud de oficio de los antecedentes penales del ciudadano de otro Estado miembro para considerarlos en un proceso penal nuevo; en estos casos será el Juez, Tribunal o el Ministerio Fiscal quien obtendrá información sobre las condenas dictadas en otros Estados miembros a través del

intercambio de información sobre antecedentes o de los instrumentos de asistencia judicial vigentes. Así y cuando se trate de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea o ciudadanos que hayan tenido la residencia o la nacionalidad en otro Estado, o nacionales de otros Estados con los que haya convenio de cooperación, se recabarán de oficio los antecedentes penales de los imputados.

Hay que destacar y tener en cuenta que, y conforme a lo indicado en la disposición adicional única de la LO 7/2014, las condena anteriores al 15 de agosto del 2010 dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea no se tendrán en cuenta para aplicar la presente Ley.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

Contenido y novedades introducidas por la Ley Orgánica 7/2014, sobre intercambio de información de antecedentes penales y efectos de las resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. ICAL 14 de Noviembre de 2014. (noticias.juridicas.com) Redacción NJ

España intercambiará antecedentes penales con los Estados de la Unión Europea. s/e/Madrid. Día 15-3-2014. ABC.es.España.

Instrucción 2/2009 pra el Fomento de la Cooperación Jurídica Internacional. Secretaría General de Justicia. Ministerio de Justicia.

Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.

Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS).

Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 julio 2008 relativa a la consideración de la resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

* * * * *

Perspectiva jurisprudencial del delito y la falta de lesiones. Un caso en el límite.

~Alfonso Allué Fuentes~

Juez Sustituto adscrito a la Audiencia Provincial de Alicante. Socio de la FICP.

1. El punto de partida que debe preceder a las consideraciones que seguirán viene dado necesariamente por la regulación legal del delito y de la falta de lesiones. Sin perjuicio de los subtipos agravados que contempla el Código Penal, el tipo básico del delito de lesiones contenido en el artículo 147.1, párrafo 1º, se describe en estos términos:

“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

La correlativa falta de lesiones se tipifica *contrario sensu* en el artículo 617.1:

“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses”.

Así pues, la diferencia primordial entre ambas infracciones consiste en que la falta, para serlo, no ha de ser constitutiva de delito, optando el Código por una fórmula gramatical negativa o de exclusión: la lesión no delictiva es una falta. Por tanto, hemos de analizar primeramente cuándo las lesiones adquieren la fisonomía del delito, por cuanto aquellas que no se atienen a su figura deben ser calificadas como falta.

2. La descripción típica incurre en una difusa delimitación para distinguir el delito de la falta, haciendo descansar la diferencia en un concepto jurídico indeterminado – quizás excesivamente indeterminado – como es el de “tratamiento médico”, que ha sido objeto de constante integración en los diferentes niveles interpretativos, dando lugar a un cuerpo de jurisprudencia a veces contradictoria que no ha facilitado la aplicación de la norma, conviviendo pronunciamientos explícitos del Tribunal Supremo sobre prescripciones facultativas que conducen a calificar el hecho como delito (sutura, reposo, medicación, inmovilización de un miembro, rehabilitación...) - configurando así un concepto amplio de tratamiento médico -, con otras interpretaciones de la jurisprudencia menor, contradictorias en ocasiones con la doctrina del Tribunal Supremo, constituidas por las diferentes respuestas de los Juzgados y Tribunales en su actividad de integración y aplicación de las leyes¹.

¹ GALLEGO SÁNCHEZ, G., Supuestos considerados como tratamiento médico. Respuesta de los Tribunales,

3. Sobre esta base se advierte la existencia de tres elementos articulados entre sí a efectos del tipo penal: el tratamiento médico, la sanidad y que aquél sea objetivamente necesario para alcanzar ésta.

Por “tratamiento médico” entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo una intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias, o incluso una recuperación no dolorosa, que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose además las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerle remedio, señalándose el requisito de que la prescripción sea realizada o establecida por un médico como necesaria para la curación (STS, Sala 2ª, 1400/2005, de 23 de Noviembre; 1221/2004, de 27 de Octubre; y 1469/2004, de 15 de Diciembre).

Por “tratamiento quirúrgico” ha de entenderse cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o menor) objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones, considerándose que los puntos de sutura con que se reúnen los labios de una herida, cuando son necesarios para la restauración del tejido dañado constituyen un acto de cirugía menor y, por tanto, una intervención quirúrgica (STS, Sala 2ª, 1021/2003, de 07 de Julio).

Según criterio jurisprudencial, son pruebas meramente diagnósticas o de prevención, no constitutivas de tratamiento, los análisis, las radiografías, la obtención de escáneres, las resonancias magnéticas, los TAC’s, los puntos de aproximación, etc., y la “asistencia facultativa” se ha definido como el inicial diagnóstico médico de la existencia de una lesión.

El objetivo del tratamiento médico es alcanzar la “sanidad” – que según el Diccionario de la Real Academia Española es la cualidad de sano o saludable -, y si salud es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones, entonces sólo el tratamiento que busque esa recuperación funcional puede tomarse en consideración a los efectos del concepto penal (STS, Sala 2ª, de 17 de Abril de 2009, y 1361/2008).

4. Ahora bien, no basta con que el tratamiento médico se dirija a la consecución de la sanidad, bien curando definitivamente la lesión, bien aliviando o reduciendo sus consecuencias, sino que la descripción típica exige que dicho tratamiento sea necesario a tal fin, utilizando la expresión “requiera objetivamente para su sanidad”. Es decir: el tratamiento médico típicamente relevante es el requerido objetivamente, en el entendimiento

de que no puede quedar a expensas de la voluntad del lesionado, sino que su realización para la cura, la recuperación o la reducción de las consecuencias ha de ser objetivamente razonable, con independencia de su efectiva realización (STS, Sala 2ª, 1135/2006, de 16 de Noviembre). Así pues, la exigencia de “necesidad objetiva” sirve de puente para unir el tratamiento médico o quirúrgico con la obtención de la sanidad, con independencia de que aquél haya llegado a aplicarse o no y de que el lesionado haya accedido o no al mismo. Conviene destacar a este respecto que la cuestión importante es el concepto legal-penal de sanidad, en el sentido de que la recuperación del lesionado sea “objetivamente posible y no subjetivamente arbitraria” (STS, Sala 2ª, de 17 de Abril de 2009, y 1361/2008), lo que conlleva excluir a los efectos de dicho concepto tanto que sea la víctima quien decida si necesita, tras la primera asistencia, un tratamiento posterior, como dejar en manos del médico – más o menos exigente en el desarrollo de su intervención – la presencia de un delito o de una falta (STS, Sala 2ª, 2280/1994, de 27 de Diciembre).

5. Sobre la base doctrinal expuesta, se pueden presentar algunas resoluciones, tanto del Tribunal Supremo como de la jurisprudencia menor, a propósito del concepto de tratamiento médico objetivamente necesario como elemento diferenciador entre el delito y la falta. Así:

La STS, Sala 2ª, 1021/2003, de 07 de Julio, explica que una herida inciso contusa (un corte o una brecha) a la que se aplican puntos de sutura acelera su proceso curativo y reduce al mínimo la posible cicatriz, que sería más evidente si el facultativo no se sirviera de dicho procedimiento o de otro equivalente. En el recurso que dio origen a esta sentencia se defendía que el hecho enjuiciado era constitutivo de falta, sosteniendo que cuando los puntos de sutura se aplican durante la primera asistencia, tal acto médico debe englobarse dentro de ésta y no entenderse como un añadido diferenciado de ella, entendiéndose que la palabra “además” utilizada en el artículo 147 indica que la atención médica está separada y deslindada de la primera asistencia.

Discrepa el Tribunal Supremo de esta posición e interpreta que la misma no es acorde con el sentido teleológico del precepto, entendiéndose que el término “además” cumple la función de destacar si la primera actuación médica se limita a la mera e inicial asistencia facultativa o bien excede de ella, aunque en ocasiones coincida en el tiempo y se confunda con ésta – coincidencia temporal que no debe impedir el deslinde de la conceptualización de dichas actuaciones médicas -. Practicada la primera asistencia facultativa, en cuanto exploración o diagnóstico inicial, si el médico entiende que no es preciso el sometimiento del lesionado a “tratamiento médico o quirúrgico”, la calificación de las lesiones debe

relegarse a la categoría de falta, aunque se hayan dispensado atenciones curativas *ad hoc* (desinfecciones, vendajes, etc.). Sin embargo, persistirá el carácter delictivo cuando excepcionalmente la naturaleza del resultado aboque a una subsunción de los hechos en otro precepto más grave dentro del capítulo de las lesiones, aunque sea difícil concebir la no necesidad de tratamiento médico en estos casos.

Contradice esta interpretación del Tribunal Supremo la SAP Madrid, Sec. 16ª, 93/2003, de 13 de Febrero, en la que se defiende que la sutura mediante grapas metálicas, sin otras curas adicionales ni tratamiento posterior a dicha sutura, constituye una falta de lesiones por cuanto no puede sostenerse que haya existido un tratamiento “además” de la primera asistencia.

6. La STS, Sala 2ª, 2280/1994, de 27 de Diciembre, insiste en el concepto de “necesaria actuación” derivada de la *lex artis* médica, en el sentido de que las simples medidas de prevención no son tratamiento médico propiamente dicho. De lo contrario – como ya se ha indicado más arriba –, quedaría en manos del facultativo, más o menos exigente, la presencia de un delito o de una falta, del mismo modo que tampoco puede quedar en manos de la víctima el decidir si se necesita, tras la primera asistencia, un tratamiento médico o quirúrgico posterior. Sigue diciendo esta sentencia, a propósito del hecho concreto enjuiciado, que está fuera de la razón y de la lógica afirmar que la inmovilización del tobillo decretada por el facultativo no es un tratamiento; contrariamente dicha inmovilización, junto con los daños corporales causados y los días de incapacidad subsiguientes, revelan un menoscabo físico necesitado de la primera asistencia y del posterior tratamiento derivado inevitablemente de esa inmovilización.

7. La STS, Sala 2ª, 2018/2000, de 22 de Diciembre (citando en casos análogos las STS 1200/1994, de 02 de Junio, y 1003/1996, de 12 de Diciembre), dice que en el supuesto planteado la sanidad requirió reposo, cura local de las lesiones (limpieza y desinfección) y administración de antiinflamatorio y analgésicos, lo que supone un tratamiento médico posterior a la primera asistencia. En las resoluciones que cita como apoyo consta que la fractura de costillas exige para su curación, además de una primera asistencia destinada a su reducción, reposo, ingestión de fármacos y una última comprobación de su consolidación, lo que debe calificarse como tratamiento médico, todo lo cual es aplicable incluso aunque se hubiese fracturado una sola costilla.

8. La STS, Sala 2ª, 625/2002, de 10 de Abril, afirma que la rehabilitación ha sido valorada por la jurisprudencia como una actividad que, cuando es necesaria objetivamente

para la curación de las lesiones y es, o debe ser, prescrita por un facultativo, integra el tratamiento médico a efectos del artículo 147, incluso aunque tenga que ser realizada por el propio paciente como un comportamiento a seguir. En el caso enjuiciado el tratamiento fue prescrito por un médico y en prueba pericial fue considerado como correcto, sin perjuicio de su escasa eficacia.

9. La STS, Sala 2ª, 383/2006, de 21 de Marzo, interpreta que la administración de fármacos (analgésicos y antiinflamatorios) no se prescribe *sine die*, sino conforme a un plan médico que establece unos límites de dosificación y administración que el paciente debe seguir, con sujeción a las modificaciones que en su caso procediera acordar sobre el tratamiento inicial. Citando la STS, Sala 2ª, 1469/2014, concluye que en la primera asistencia facultativa se puede establecer un plan curativo que imponga un necesario control médico para evitar el dolor y recuperar prontamente la salud, curando de la dolencia sufrida, por lo que el Tribunal de instancia no incurrió en error de derecho al calificar el supuesto enjuiciado como delito y no como falta.

Contradice esta interpretación del Tribunal Supremo el AAP Barcelona de 19 de Diciembre de 2000, donde se expone que el tratamiento consistente en la administración de antiinflamatorios no constituye tratamiento médico desde un punto de vista jurídico, ya que no está destinada a la curación de las lesiones sino a una actividad preventiva. Afirma el auto de la Audiencia que tanto el suministro de antibióticos – por su carácter preventivo – como el de antiinflamatorios – que sirven para aliviar los síntomas pero no intervienen en la curación-, no pueden tener la consideración penal de tratamiento médico a los efectos de calificar los hechos como un delito de lesiones y sí más correctamente como falta.

10. Sobre el concepto de “necesidad”, la SAP Pontevedra, Sec. 3ª, 33/2000, de 18 de Diciembre, dice que se está en el caso de no poder valorarse, de un modo objetivo, la necesidad de la aplicación de los puntos de sutura para la curación de la herida, lo que conlleva, atendiendo al principio *in dubio pro reo* y a la escasa entidad de las lesiones, considerar los hechos como constitutivos de una falta del artículo 617.1.

11. El AAP Cádiz de 03 de Diciembre de 2004 indica que el reposo, aun aconsejado por un médico, no determina por parte de éste la aplicación activa de sus conocimientos dentro de un sistema de actuaciones con finalidad curativa, sino que deja la obtención de la sanidad a la propia evolución de la naturaleza facilitada por una conducta de descanso que resta encomendada al propio lesionado. Así pues, carente la lesión objeto de primera asistencia del complemento de un tratamiento médico objetivamente necesario para el

restablecimiento de la salud, los hechos han de encuadrarse en la falta del artículo 617.1, toda vez que la medida terapéutica consistente en reposo funcional y farmacológico no puede incluirse en el concepto de tratamiento médico o quirúrgico.

12. Acerca de la inmovilización de una mano, en la SAP Valladolid, Sec. 2ª, 414/2004, de 30 de Diciembre, se argumenta que dentro de la primera asistencia se recomendó la inmovilización de la mano sin ninguna especificación y sin constar la colocación de férula. Esta indicación de inmovilización no agota el tratamiento médico, ya que es necesario que el paciente se someta a una nueva revisión por parte del facultativo para que éste diagnostique si se ha conseguido el efecto perseguido o es necesario mantener el tratamiento o corregirlo. En la medida en que la rehabilitación no era objetivamente necesaria para la curación, el hecho constituyó una falta de lesiones.

13. En vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, puede resultar interesante analizar un caso real, situado en el límite entre el delito y la falta, en el que aflora la duda sobre la calificación de las lesiones sufridas. El informe de sanidad forense describe las mismas en los siguientes términos: “Perforación del tímpano en oído derecho, conmoción laberíntica con posible destrucción laberíntica total, anacusia de oído derecho”, lesiones que requirieron para su sanidad la primera asistencia facultativa y vigilancia o seguimiento de las mismas, sin tratamiento especializado posterior, concretando dicha asistencia en exploración, revisión por otorrinolaringólogo, reposo relativo, tratamiento farmacológico y exámenes complementarios. Se establece el tiempo de 37 días de incapacidad para desarrollar las ocupaciones habituales, sin estancia hospitalaria y con una secuela consistente en cofosis (pérdida total de audición) en oído derecho.

¿Constituye esta lesión un delito o una falta? La calificación como falta podría descansar sobre el argumento formal de la ausencia de tratamiento médico o quirúrgico posterior a la primera asistencia facultativa, como se desprende del informe médico forense. Siendo el hecho base una lesión que no ha requerido una actividad médica y/o quirúrgica añadida a la asistencia inicial, cabe pensar en una simple falta de lesiones. Ahora bien, lo cierto es que el resultado finalmente producido es el de la pérdida total de audición en un oído, lo que nos sitúa ante la hipótesis del subtipo agravado de lesiones del artículo 149, esto es, en la esfera del delito. Todo depende de dónde se ponga el acento: bien en la formalidad de la no precisión de tratamiento médico o quirúrgico, en coherencia con el informe de sanidad, bien en el hecho de la pérdida de un sentido.

14. De conformidad con la jurisprudencia que ha sido objeto de análisis, todo apunta a que estamos en presencia de un delito de lesiones, posición que admite defensa tomando en cuenta los siguientes datos:

- Desde un punto de vista legal-penal, puede sostenerse que la naturaleza de la lesión ocasionada requiere objetivamente para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico, con independencia de que el mismo se haya producido o no. Considerada en abstracto y desde un parámetro de objetividad, la pérdida de audición necesitaría de un tratamiento médico, y en su caso también quirúrgico, para al menos reducir sus consecuencias, sin que deba quedar vacante a la libre decisión del perjudicado o de la actuación médica – que puede haber sido más o menos exigente en la aplicación de la *lex artis* – su efectiva realización (STS, Sala 2ª, 2280/1994, de 27 de Diciembre, y 1135/2006, de 16 de Noviembre).
- Consta en el informe de sanidad forense que se prescribió al lesionado tratamiento farmacológico, lo que significa, en primer lugar, que tuvo que ser un facultativo quien tomase esa decisión, lo que excede de la simple primera asistencia facultativa puesto que la administración de fármacos no se realiza por tiempo indefinido, sino de acuerdo con un plan médico – modificable si es preciso – de dosificación y forma de administración, tanto si ese plan curativo o reductor de consecuencias se establece en la primera asistencia, coincidiendo así temporalmente con ésta, como si se acuerda con posterioridad (STS, Sala 2ª, 1021/2003, de 07 de Julio; 1400/2005, de 23 de Noviembre; y 383/2006, de 21 de Marzo).
- El sentido teleológico de la regulación del delito de lesiones pretende abarcar la totalidad del desvalor de la conducta desplegada por el autor, persistiendo el carácter delictivo de la acción en aquellos casos en que, como aquí acontece, la naturaleza del resultado (pérdida completa de audición en un oído) suponga subsumir el hecho en otro precepto más grave dentro de la tipificación de las lesiones, siendo difícil concebir que no sea necesario un tratamiento médico (STS, Sala 2ª, 1021/2003, de 07 de Julio), por lo que una calificación como falta no acogería suficientemente la protección penal dispensada por el Código y generaría un indeseable vacío parcial de impunidad.

* * * * *

Personas jurídicas y entes colectivos en los delitos de tráfico de droga cometidos por organización delictiva.

~Ana Isabel Betrán Pardo~

Fiscal Sustituta de la Fiscalía Provincial de Tarragona. Socia de la FICP.

I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN

Entre las muchas novedades que trajo consigo la reforma efectuada en el Código Penal por la L.O. 5/2010, de 23 de junio, puede destacarse, tanto por su novedad como por su trascendencia, la relacionada con la responsabilidad de las personas jurídicas. Su introducción en nuestro ordenamiento jurídico ha propiciado que hayan sido muchos los autores que han dedicado numerosos estudios a esta materia, que por otra parte, ha supuesto una especie de revolución en los cimientos de la dogmática penal arraigados en el principio *societas delinquere non potest*, de manera que según expresa la doctrina ha supuesto el certificado de defunción¹ del paradigma anterior. Pero la dicotomía entre negar o reconocer su existencia, ni es nueva ni aparece con la reforma citada, sino que se encuentra plenamente arraigada en la ciencia penal desde hace varios siglos. Tanto los causalistas como VON LISTZ o BELING, que siguen un concepto de acción penal psicológico relegando la culpabilidad a un momento posterior; como los finalistas como Welzel, que afirman que la acción humana no es ciega y centran en ella la culpabilidad; e igualmente los partidarios de la acción como acto social relevante, niegan a las personas jurídicas la capacidad de acción y posibilidad de imputación de pena². Además de los anteriores, también juristas como IHERING, BRINZ, FERRARA, SAVIGNY, WINSCHIED o PLANIOL han puesto de manifiesto en uno u otro momento sus afinidades o diferencias. Por ello, puede afirmarse que el de la responsabilidad de las personas jurídicas es un debate enormemente arraigado en la dogmática penal, y al menos en la doctrina española, todavía es mayoritaria la posición de quienes se muestran contrarios a reconocer capacidad de delinquir a las personas jurídicas³.

Pero lo cierto es que dogmática penal y política criminal no siempre coinciden y como dice ZUGALDIA⁴, el debate sobre si se debe (desde el punto de vista político criminal) y si se puede (desde el punto de vista dogmático) exigir responsabilidad a las

¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., en: Díaz-Maroto y Villarejo (dir.) Estudios, 2011, p. 66.

² CARRETERO SÁNCHEZ, A., Diario La Ley, nº 7786, 30 de enero de 2012, p. 2.

³ LUZÓN CÁNOVAS, A., en: Reforma penal, Cuadernos Digitales de Formación, nº 37, 2011, p. 2.

⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Societas delinquere potest*. Recurso electrónico disponible en: <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/societas-delinquere-potest-por-jose.html> [consulta: 29/04/2015]

personas jurídicas se encuentra superado desde hace tiempo y resuelto en sentido afirmativo. Y así las cosas, la realidad presenta un nuevo escenario cuya introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal se vio definitivamente consagrada, ya no tanto cuando esta reforma penal entró en vigor en diciembre de 2010, sino cuando el 30 de octubre de 2011 entró en vigor la Ley 37/11, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que creó el estatuto procesal de la persona jurídica, sin el cual, resultaban de difícil transposición al marco de un proceso las normas penales referidas. Recientemente, la L.O. 1/2015, de reforma del Código Penal ha venido a matizar algunos conceptos para así poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la regulación anterior⁵.

El legislador justificaba la nueva regulación como una consecuencia directa de la existencia de numerosos instrumentos internacionales y de la Unión Europea que demandaban una respuesta penal clara para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, coincidiendo la doctrina en que tales instrumentos no obligaban a una respuesta específicamente penal. Sin embargo, para algunos autores⁶, el fundamento de la reforma se debe al hecho de un cambio en el contexto social, pues la sociedad actual presenta un grado de complejidad en la que la interacción social ya no tiene lugar exclusivamente entre sujetos individuales y que ya no se puede comprender sólo desde la perspectiva en la que era explicada a partir de la teoría del contrato social, pues se produce un cambio de paradigma del sujeto que genera que el Derecho penal clásico no pueda dar respuesta a todos los conflictos sociales con los que nos enfrentamos cuando los hechos no son imputables a una persona física. Por otra parte, en el proceso de internacionalización de las empresas, estas se han convertido en un instrumento clave de la criminalidad organizada, ya que la utilización de empresas, sociedades y asociaciones es la fenomenología más usada para la realización de actividades ilícitas que lesionan bienes jurídicos reconocidos como fundamentales para la sociedad.⁷

Por su parte, NIETO MARTÍN⁸ expresa que de lo que se trata es de exigir a las empresas que en cierto modo asuman una tarea pública, y que se autorregulen con el fin de ponerse al lado del Estado en la tarea de controlar nuevos riesgos, proteger accionistas o consumidores o evitar hechos delictivos. Considera que la responsabilidad

⁵ Ver apartado III de la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶ BACIGALUPO SAGGESE, S., en: Reforma penal, Cuadernos Digitales de Formación, 37, 2011, p. 2.

⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., en: Muñoz Conde, F. (dir), Un Derecho Penal comprometido, 2011, p. 1.158.

⁸ NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal, 2008, p. 68.

de las personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del derecho penal y la responsabilidad individual. No viene a sustituir a la responsabilidad individual sino a hacerla más efectiva.

Así las cosas, la realidad es que el artº 31 bis del Código Penal ha establecido un sistema de *numerus clausus* en lo que a la responsabilidad de las personas jurídicas se refiere y por tanto, ésta sólo será de aplicación a los delitos que expresamente lo contemplan, lo que también ha sido criticado de forma generalizada por la doctrina.

Uno de los supuestos incluido en ese catálogo cerrado de delitos que pueden ser cometidos por personas jurídicas es el delito de tráfico de drogas, pues así se expresa en el artículo 369 bis del Código Penal, cuyo párrafo segundo establece las penas a imponer cuando la responsable de los delitos de los artículos 368 y 369 sea una persona jurídica. Pero el sistema de *numerus clausus* impuesto por el legislador provoca, en lo que a este delito se refiere una situación un tanto particular, pues no sólo son los artículos 368 y 369 los que recogen conductas ilícitas relacionadas con el tráfico de drogas, sino que también en el artº 370 se castigan otras conductas hiperagravadas, entre las que se incluye aquella que lleva a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas. Y también hace lo propio el artº 369 bis en los párrafos primero y segundo, que establecen las penas a imponer cuando el delito es cometido por una organización criminal.

Volviendo a esto último, pudiera parecer como punto de partida que persona jurídica y organización criminal que se dedica al tráfico de drogas son expresiones antagónicas, pues el grupo de delincuentes que conforman una organización criminal no debería estar interesado en constituirse como persona jurídica, ya que el interés de estas organizaciones, es actuar de forma encubierta para conseguir mayor impunidad, por lo que no adoptan la forma de persona jurídica y por tanto, les serían de aplicación las consecuencias accesorias de los arts. 127 y 129 y 33.7 del Código Penal, como en el caso de cualquier otro delito cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artº 31 bis. Pero la empresa criminal que representa el tráfico de drogas organizado se nutre de variadas estrategias para conseguir sus fines criminales y no son pocas las ocasiones en las que aparentar una forma lícita puede ayudar a conseguir sus fines y a encubrir bajo la forma de un negocio lícito la circulación de las sustancias estupefacientes. Las

organizaciones criminales, sobre todo cuando tienen carácter transnacional aprovechan las ventajas de la globalización y de los avances tecnológicos sirviéndose de complejos mecanismos para lo cual, cuentan con asesoramientos legal y financiero para de esta forma eludir la acción de la justicia. Este supuesto, no es tan infrecuente en la práctica, sino más bien al contrario. Se trataría tanto de utilizar una empresa ya existente dotada de personalidad jurídica para encubrir un delito de tráfico de drogas, como de crear una empresa y dotarla de personalidad jurídica con la finalidad de cometer delitos, supuesto este que nos acerca al delito de asociación ilícita del artº 515 del Código Penal, al cual el legislador no ha incluido en el catálogo de *numerus clausus* al que poder aplicar el artº 31 bis.

Por tanto, a partir de este planteamiento surgen algunas cuestiones relacionadas con la responsabilidad de las personas jurídicas y entes sin personalidad⁹ en el marco del delito de tráfico de drogas en general que son trasladables al delito cuando se comete por organización criminal y que considero que por su trascendencia práctica merecen ser objeto de análisis, el cual, se afrontará a continuación, partiendo del marco legal desde el que el legislador ha llevado a cabo la regulación penal de las personas jurídicas y sus modelos de imputación resultantes tras la reforma efectuada por la L.O. 1/2010, lo que a mi juicio nos sitúa ante la tesitura de no poder llegar a castigar todas las eventuales conductas cometidas por persona jurídica en el delito de tráfico de drogas, a menos de invadir el ámbito del principio de legalidad penal previsto en el artº 1 del Código Penal.

II. REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS ORGANIZADO

1. Antecedentes.

La reforma efectuada en el Código Penal por la L.O.15/2003 permitió, en el supuesto del art. 369.2, 3 y 4¹⁰ imponer a la organización, asociación o persona titular

⁹ LUZÓN CÁNOVAS, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la criminalidad organizada, cit., pág. 19. esta distinción entre personas jurídicas y entes colectivos se puede decir que ya está históricamente superada y no se ajusta a la realidad de los negocios, legales o ilegales, pues lo relevante para establecer criterios de imputación debería ser la existencia de un patrimonio autónomo del ente colectivo, tenga o no personalidad jurídica, pues este es el criterio que se sigue en materia tributaria para determinar los grupo de empresas.

¹⁰ 2.ª El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese

del establecimiento una multa del tanto al triple de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y además decretar otras medidas¹¹, lo que constituyó una novedad importante, pues aunque se trata de una multa proporcional ya regulada en el texto legal, en este supuesto no se hacía responsable al ente colectivo de la multa impuesta al culpable, como ocurría en el artº 31 del Código Penal, sino que se le imponía directamente la multa a la organización, por lo que como pone de manifiesto DE LA FUENTE HONRUBIA¹², en este caso, no podemos hablar de un tipo de responsabilidad civil, sino que hablamos de una sanción coercitiva al ente colectivo, si bien, esta previsión del artº 369 no podía servir como un instrumento añadido para que pudiera afirmarse que en nuestro sistema penal considerara a los entes colectivos como sujetos activos de un delito y por tanto, penalmente responsables, pues una innovación de esas características vendría a suponer un cambio de tal importancia que necesitaría reformar ampliamente la parte general del Código Penal.

Ciertamente, y en atención a este último argumento, resulta claro que en la regulación anterior no podría hablarse de penas en el sentido literal del término, pero su imposición resultaba obligatoria, a diferencia de lo que sucede y sucedía con las consecuencias accesorias propiamente dichas, cuya imposición por parte del Juez si era facultativa.

2. Regulación vigente

La situación que se presenta tras la entrada en vigor de la L.O. 5/2010 y la posterior reforma realizada por la L.O. 1/2015, la cual no ha afectado al artº 369 bis, es bien distinta. Los párrafos, tercero y cuarto del artº 369 bis establecen lo siguiente:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.

3.^a El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

4.^a Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

¹¹1.^a La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

2.^a La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

¹² DE LA FUENTE HONRUBIA, F., Las consecuencias accesorias, 2004, p. 73.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Y comenzando con la exégesis del precepto, una de las primeras cuestiones que llama la atención es su ubicación sistemática, dado que aparece en el precepto destinado a regular las penas a imponer en el caso de la comisión de un delito de tráfico de drogas por organización criminal que también fue introducido *ex novo* por la reforma aludida, pues como ya hemos apuntado parecería, al menos atendiendo a la definición de ambos términos, que organización criminal y persona jurídica se presentan como antagónicos.

Pero sin duda la cuestión más destacable de la regulación es que se trata de un precepto que remite a los dos anteriores, es decir, a los artículos 368 y 369, que contienen respectivamente el tipo básico y determinadas conductas agravadas del delito de tráfico de drogas. Llama poderosamente la atención la exclusión incomprensible de los casos más graves del artº 370, especialmente en lo que se refiere a aquellas conductas de tráfico de drogas que puedan integrarse en el concepto de extrema gravedad que se contiene en el nº 3 del artº 370 citado.

Así, según el propio artº 370, se considerarán de extrema gravedad:

- Los casos en los que la cantidad de sustancias a que se refiere el artº 368 del Código Penal excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia¹³.
- Cuando se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico.
- Cuando se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas.
- Cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.
- Cuando concurrieren tres o más circunstancias previstas en el artº 369.1.

Debe repararse en una cuestión importante como es el hecho de que una conducta puede estar incardinada en alguno de los supuestos del artº 370 del Código Penal, sin

¹³ El Tribunal Supremo en sendos Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional estableció que la cantidad que ha de reputarse de notoria importancia equivale a 500 veces la dosis diaria mínima psicoactiva y la extrema gravedad en aquellos casos en los que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por 1000 la considerada como de notoria importancia.

que necesariamente haya de constituir un delito del artº 369, lo que implica que en el caso de tener que castigar la conducta de una persona jurídica por alguno de los supuestos del artº 370, la tipificación de los hechos lo sería por remisión a los artículos 368 y 370. A juicio de la doctrina¹⁴ no se entiende por qué se deja fuera del castigo de la persona jurídica un caso de simulación de operaciones internacionales de comercio protagonizado en el ámbito de una empresa y se incluyen, sin embargo, los casos calificables conforme al tipo atenuado del artº 368, apartado segundo, que parecen difícilmente escenificables en el ámbito de una persona jurídica, aunque lo cierto es que en el artº 368 se especifica que el tipo atenuado no puede entrar en juego cuando se trata de delitos de los artículos 369 bis y 370.

Resulta igualmente criticable que se aprovechara un precepto destinado a regular una agravación, la de organización criminal, para incluir la responsabilidad de las personas jurídicas en este tipo de delitos, cuando lo más razonable a efectos de claridad hubiera sido introducir un nuevo precepto, como ha ocurrido en otros delitos, pues como resultado ha de destacarse que se mezclan agravación y título de imputación y queda confuso el ámbito en el que se proyecta el artículo 31 bis, y sobre todo, que encontrándonos ante un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas basado en un *numerus clausus*.

Lo anterior, nos llevaría a una consecuencia seguramente ni advertida ni querida por el legislador, pues si fuera el caso de que resultara acreditada la participación de una persona jurídica en un delito de tráfico de drogas al que pudiera apreciársele alguna o algunas de las circunstancias agravatorias del artº 370, tanto si este delito hubiera sido cometido de forma organizada, o aún de forma no organizada, a nuestro entender la consecuencia jurídica sería que el respeto al principio de legalidad supondría la imposibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica en el caso de que la misma hubiera participado en su comisión, por impedirlo el apartado primero del artº 31 bis cuando especifica el castigo de las persona jurídicas “en los supuestos previstos en este Código”. Pero es más, la dicción literal del primer apartado del artículo 369 bis nos indica que sólo las conductas incluidas en el artº 368 podrán ser cometidas por organización, dejando inicialmente fuera aquellas que pueden agravarse al amparo de lo previsto en los artículos 369 y 370, si bien en este caso no contamos con ninguna limitación derivada de un sistema de *numerus clausus*.

¹⁴ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Derecho penal, 2011, p. 1345.

Lo que se acaba de expresar representa una disfunción de gran calado y, en consecuencia, y en lo que se refiere concretamente a las organizaciones delictivas, considero que de lo expuesto se deduce que en el caso de que se acreditara que una persona jurídica forma parte de una organización dedicada al tráfico de drogas, no se podrá perseguir penalmente a la misma, ni por las conductas de tráfico de drogas que sean subsumibles en los dos primeros párrafos del artº 369 bis, ni por las que sean subsumibles en el artº 370, ambos del Código Penal, ni tampoco en principio por las del artº 369.

No da el legislador la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 ninguna explicación del porqué de la exclusión de ambos preceptos, ni se presentan para el intérprete como lógicas u obvias las razones de dicha disfunción, siendo los Tribunales quienes deberán ofrecer la solución a través de la interpretación jurisprudencial procedente con motivo del examen de algún caso concreto y quienes delimitarán el alcance del vacío legal que impone en esta materia la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través del sistema del *numerus clausus*.

Ciertamente, la regulación del delito de tráfico de drogas cometido por organización del artº 369 bis ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, tanto por considerar que el precepto contiene una exacerbación penológica no justificada cuando se trata de castigar a jefes, encargados, administradores o miembros de la organización, como por el hecho de que en este caso sólo se ha incluido la conducta del artº 368, dejando fuera los tipos agravados contenidos en los artículos 369 y 370. Y sobre el particular, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina se han ofrecido distintas soluciones. Unas, en los casos en los que se produce una acción agravada por alguna de las circunstancias contenidas en los tipos referidos, abogan por construir un concurso real entre la conducta de tráfico de drogas correspondiente y el delito de organización criminal, también de nuevo cuño previsto en el artº 570 bis del Código Penal. Otras, de corte jurisprudencial, consideran procedente la aplicación de un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad del artº 8.4 del Código Penal¹⁵, siendo que la penalidad elevada del artº 369 bis agota lo injusto de cualquier conducta agravada relacionada con el tráfico de drogas cometido por organización,

¹⁵ Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 4º) En defecto de criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

considerando que estas soluciones habilitarían la posibilidad de imputar a una persona jurídica las conductas agravadas del artº 369.

Pero a mi juicio, ni a una ni a otra solución puede acudir para resolver el supuesto de que sea una persona jurídica la que haya participado en el delito del artº 370. En efecto, no aporta ninguna solución el recurso al concurso real, dado que ni el artº 370 ni el artº 570 bis están incluidos ni directa, ni indirectamente en el catálogo cerrado de delitos de los que podrá ser responsable una persona jurídica. Y tampoco la solución del concurso de leyes serviría para formalizar la imputación de la persona jurídica, pues a diferencia del párrafo primero del artº 369 bis que únicamente se refiere al tipo básico del artº 368, el párrafo tercero de aquel precepto da un paso más y refiere la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sólo que hayan cometido la conducta descrita en el tipo básico del art. 368, sino también en el tipo agravado que es el artº 369, por lo que se excluye expresamente el artº 370, sin que desde un marco teórico pueda hallarse solución dogmática alguna que sea respetuosa con el principio de legalidad. De esta forma, podríamos definitivamente decir que cuando nos encontremos en un supuesto de esta naturaleza habrá de descartarse la aplicación del artº 31 bis como título de imputación de una persona jurídica en la comisión del delito de tráfico de drogas cometido a través de organización cuya conducta pueda incluirse en el artº 370, siendo que por otra parte, tampoco podrían alcanzarle las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 129, pues el mismo se refiere únicamente a entidades que carezcan de personalidad jurídica y en este caso estaríamos hablando de un ente dotado de personalidad jurídica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 del Código Civil y correspondientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Pero aún podríamos aludir a otro supuesto más donde se produce otra situación de anomia derivada del sistema de *numerus clausus*. En efecto, podría darse el caso de que una persona jurídica se asociara con otros delincuentes individualmente considerados para cometer un delito de tráfico de drogas, y que esa voluntad colaborativa ilícita no reuniera los requisitos necesarios para catalogarla como organización criminal, pero sí como grupo criminal. En estos supuestos, cuando de personas físicas se trata, para que la pena a imponer colme todo el injusto de la conducta de los autores y no se infrinja el principio de proporcionalidad, ha de acudir a un concurso real entre el delito de tráfico de drogas de que se trate y el delito de grupo criminal previsto en el artº 570 ter

del Código Penal. Pero este precepto, no regula previsión alguna a cerca de su posible comisión por una persona jurídica, por lo que en este caso, al igual que en el caso de la organización delictiva, el principio de legalidad penal imposibilitaría el castigo de ese plus de antijuridicidad que representa la delincuencia asociativa o colaborativa y que si puede castigarse y de hecho se castiga, cuando de una persona física se trata.

3. Sociedades originariamente lícitas y sociedades creadas ad hoc para favorecer la comisión del delito

No obstante lo que se ha expuesto hasta ahora, en lo que se refiere al hecho de una eventual participación de un ente con personalidad jurídica¹⁶ en el delito de tráfico de drogas organizado, son varias las posibilidades que pueden presentarse, las cuales se pasan a analizar. En modo alguno puede descartarse que cualquiera de los tipos de sociedades de las que se tratará a continuación pueden eventualmente participar en el delito de que se trata. Y de hecho, así ocurre en la práctica.

a) Sociedades originariamente lícitas.

El artº 369 bis del Código Penal se constituye como una norma penal en blanco en el sentido de que no describe ningún tipo de conducta de forma directa sino que lo hace por remisión a otros preceptos. Se limita, por una parte, a mencionar, en escala de responsabilidades, las penas a imponer a los jefes, encargados, administradores o miembros de la organización que se dedica al tráfico de drogas del artº 368 y por otra, las penas a imponer a una persona jurídica que participara en la comisión de los delitos del artº 368 y 369. Y así, en la práctica, puede ocurrir que este delito se cometa en el seno de una sociedad lícita, que es aquella que tiene un objeto social lícito que desarrolla con normalidad, pero resulta que esta sociedad, además de ese objeto social lícito, desarrolla otro ilícito. Este *iter criminal* puede manifestarse de alguna de las siguientes formas:

- a) que sea un representante legal o quienes actúen individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica u ostenten facultades de organización o control dentro de la misma,

¹⁶ Según el artº 35 del Código Civil, son personas jurídicas: Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas y también las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de sus asociados.

- b) que el delito sea cometido en provecho o en beneficio directo o indirecto de la sociedad por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas mencionadas en el apartado anterior hayan podido realizar las actividades por haberse incumplido por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de las actividades¹⁷,
- c) que aunque no haya podido individualizarse a la persona física o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, se haya cometido el delito por quienes ostenten los cargos o funciones en la empresa.

En estos supuestos, la persona jurídica deberá ser traída al proceso en calidad de imputada, a través de un representante que habrá de ser citado en el domicilio social y deberá de comparecer defendida por Abogado, tal y como establece el artº 119 de la LECrim. El resto del *iter procesal* desde la imputación hasta la presencia en el acto del juicio oral como acusada será una cuestión que dependa de los indicios que hayan podido obtenerse respecto de la participación de la misma en el delito.

Los tres supuestos de participación previstos en el artº 31 bis 1 a) y b) y 31 ter, que se acaban de enumerar con las letras a) a c) presentan tres planos o formas de participación ninguno de los cuales puede descartarse en lo que a este delito se refiere, si bien, en puridad, y tras la última reforma que entrará en vigor en julio de 2015, el artº 31 ter no debería de considerarse como título de imputación en el artº 369 bis párrafo segundo y tercero, pues el legislador no ha debido reparar en esa disfunción cuando recientemente ha reformado nuevamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el artº 369 bis sólo se refiere al artº 31 bis.

Así, podría ocurrir en la práctica que sea un representante legal o administrador de una persona jurídica quien en un momento determinado de la vida lícita de la sociedad o normal desenvolvimiento de su objeto social, y ante una situación de crisis de la misma, se plantee participar, siquiera sea puntualmente en un delito de esta naturaleza, por ejemplo con la aportación de medios técnicos o recursos telemáticos al servicio de la organización criminal, creando estructuras económicas que ayuden a la consecución del fin delictivo. Tampoco puede descartarse que sea uno de los empleados quien cometa el delito y la sociedad se vea imputada por no haber ejercido los medios de control, pareciendo que en este caso será el déficit de organización o de infracción del

¹⁷ Artículo 31 bis y 31 ter del Código Penal redactados conforme a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015.

debido deber de cuidado el presupuesto del que se ha de partir para imputar a la persona jurídica. En relación a esta última cuestión, ha de mencionarse que, en general, la culpabilidad por defecto de organización se debe excluir necesariamente cuando *ex ante* un programa de *compliance*¹⁸ y/o un adecuado código de buen gobierno corporativo permita demostrar que en el seno de la organización de la persona jurídica se ha cumplido con el deber de cuidado exigido para la evitación de riesgos penales y, por lo tanto, no haya infracción de deber, ni defecto de organización de la persona jurídica. Ello no significa que pueda ser considerado excluyente de la responsabilidad penal de la persona la mera existencia de cualquier tipo de programa de *compliance*, sino que éste deberá ser elaborado atendiendo a las distintas y concretas formas de organización dentro de la empresa, de su objeto de negocio, de sus riesgos específicos, cobrando especial trascendencia la supervisión interna dentro de la propia organización empresarial. La última de las reformas referidas ha venido a regular de forma minuciosa en los apartados 2 a 5 del artº 31 bis las condiciones que han de reunir estos programas.

Y finalmente, ha de hacerse referencia al último de los supuestos mencionados, ahora contenido en el artº 31 ter, que sería aquel en el que la persona jurídica respondería aunque no pudiera individualizarse a la persona jurídica o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella, supuesto este de más difícil apreciación en el tipo delictivo del tráfico de drogas organizado, ya que siendo el objeto material del delito las drogas tóxicas o estupefacientes, para la consumación del mismo, siquiera sea en la modalidad de tenencia preordena al tráfico, será necesaria la circulación de la droga desde el lugar donde se cultiva hasta el lugar donde se ha de distribuir al consumidor, y esto requiere de la participación de personas físicas, cuyo rastro llevará generalmente hasta la persona jurídica. Y ello, a diferencia de otros delitos de naturaleza económica en los que con el uso de la tecnología no necesariamente requiere un desplazamiento físico del dinero para la comisión de ilícitos penales.

b) *Sociedades creadas ad hoc para favorecer la comisión del delito.*

De las circunstancias agravatorias que contiene el artº 370 del Código Penal, una de ellas adquiere gran importancia en los delitos de la naturaleza de los que tratamos, y no es otra que la referida al hecho de que las conductas indicadas se hayan llevado a cabo simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, supuesto este que se puede presentar y de hecho se presenta con frecuencia en la práctica, entre otros

¹⁸ MORALES PRATS, en: Álvarez García, F. J. (dir.), La adecuación, 2009, p. 58.

motivos, por la necesidad que tiene la organización de transportar la droga desde el lugar donde se cultiva (generalmente los continentes asiático, americano o africano) hasta aquellos en los que ha de distribuirse (generalmente, el continente europeo), siendo que de esta forma se favorece u oculta con mayor facilidad la circulación de la sustancia bajo la apariencia de un negocio lícito. Además, si resulta implicada una organización criminal, no resulta extraño que se trate de una gran cantidad de sustancia estupefaciente que alcance la calificación de aquella que excede notablemente de la considerada como notoria importancia y/o que se utilicen aeronaves o embarcaciones para su transporte.

Así las cosas, la participación de un ente con personalidad jurídica en este delito puede deberse a dos situaciones distintas, a una de las cuales ya nos hemos referido:

- I. Que se aproveche la existencia de una persona jurídica ya existente, que desarrolla actividades lícitas en el tráfico jurídico y además, aprovecha esa cobertura para desarrollar otras actividades ilícitas.
- II. Que se constituya una persona jurídica *ex novo* con la finalidad de ser utilizada para simular operaciones de comercio internacional entre empresas, de modo que en el desenvolvimiento de sus fines no esté el de desarrollar una actividad lícita.

Y desde el punto de vista teórico, ambos supuestos nos acercan al delito de asociación ilícita del artº 515 y siguientes del Código Penal cuya pervivencia tras la reforma de 2.010 que regula las organizaciones delictivas ha sorprendido a los operadores jurídicos, pues este precepto nunca contó con el beneplácito de los Tribunales, de ahí que se haya aplicado en muy pocas ocasiones al definir las asociaciones delictivas de forma cualitativa, a través de una concepción finalista del término en función de las actividades que en su seno se desarrollen. No resulta fácil establecer diferencias entre las asociaciones ilícitas y las organizaciones criminales: una de ellas la encontramos en la forma de su constitución, pues mientras la asociación ilícita lo hace al amparo del artº 22 de la Constitución y tiene por tanto una forma jurídica pero se desvía de esa finalidad ilícita desde su origen o posteriormente, por su parte. la organización criminal carece de forma jurídica, o si la tiene lo es sólo con propósito criminal¹⁹. Para NIETO MARTÍN²⁰, estas empresas de fachada creadas *ad hoc*

¹⁹ El apartado XXVIII del Preámbulo de la L.O. 5/2010 dice que las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza

para la comisión de hechos delictivos, pero que no realizan actividad comercial habrían de considerarse inimputables, dado que no son sino herramientas en manos de las personas responsables del delito, si bien lo anterior no deja de ser una respetable posición doctrinal, pues el texto legal no contiene ninguna causa de exención de responsabilidad de las personas jurídicas, sino únicamente un catálogo de circunstancias atenuantes en el artº 31 *quater*.

III. JURISPRUDENCIA CONOCIDA

El artº 369 bis del Código Penal, al igual que el artº 31 bis entró en vigor en diciembre de 2010 y a esta fecha no son muchas las resoluciones judiciales conocidas que hayan aplicado la responsabilidad penal de personas jurídicas en el delito de tráfico de drogas organizado.

El primer auto de procesamiento conocido²¹ en el delito que nos ocupa relacionado con una persona jurídica se dictó en fecha 11 de octubre de 2.011 por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Audiencia Nacional, casualmente, el mismo día en que se publicó la Ley 37/11, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que creaba es estatuto procesal de las personas jurídicas, aunque la misma no entró en vigor hasta 20 días después. Esta resolución hace referencia a los preceptos atinentes a las personas jurídicas contenidos en la ley, si bien, debe resaltarse que su articulado no entró en vigor hasta el 30 de octubre. Se procesaba a seis personas físicas y a cinco personas jurídicas por un presunto delito de tráfico de drogas organizado, por tener sospechas de la existencia de un entramado societario que bajo la cobertura de operaciones mercantiles de exportación e importación de maquinaria, tenía como finalidad transportar droga desde Venezuela a España. El *modus operandi* consistía en simular una venta de maquinaria de una empresa española a otra venezolana, para su posterior importación por otra empresa en España, organizando así una operación triangular simulada de comercio internacional con la que se pretendía que la maquinaria fuese transportada a Venezuela para ocultar en ella la droga y reimportar las máquinas a España en nombre de otra persona jurídica. De las cinco sociedades, dos de ellas estaban domiciliadas en España, otras dos en Venezuela y otra en Mali, siendo posible

originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.

²⁰ NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal, 2008, p. 4.

²¹ NEIRA PENA, A., Diario La Ley, 7768, 3 de enero de 2010, p. 1.

en aquel momento la imputación de las sociedades extranjeras al amparo de lo que, en aquella fecha, disponía el art. 23.4 e)²² de la L.O.P.J.

En los fundamentos de derecho del auto de procesamiento se hacía referencia a que “la vinculación participativa (artº 31 bis) de los representantes y administradores de hecho y de derecho las hacen igualmente responsables en la esfera penal, debiendo quedar procesadas por ello”.

El anterior auto de procesamiento dio lugar a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2014, Ponente Nicolás Poveda Peñas²³, y en la misma se condena a diferentes personas físicas por un delito de tráfico de drogas del artº 368 inciso primero (cocaína), artº 369-5ª (notoria importancia), artº 369 (organización) y artº 370.3 (uso de buque y simulación de operación comercial internacional).

Y en cuanto a las personas jurídicas, de las cinco que fueron procesadas, se procede a la condena de tres de ellas, dado que el Fiscal sólo formuló acusación frente a tres, considerándolas autoras de los delitos que se han referido en el apartado anterior al amparo de lo dispuesto en el artº 31 bis del Código Penal.

En el fundamento jurídico sexto se realiza la individualización de las penas. Considera, no obstante, la participación de las dos sociedades españolas y determina que han sido instrumentos utilizados para el ilícito que nos ocupa. Y por aplicación de lo previsto en el art. 369 bis del mencionado Código Penal, en relación con el contenido del apartado 7, letras b) del art. 33 de dicho texto legal, les impone a cada una de ellas la pena de su disolución, con pérdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de realizar actividad comercial alguna. Argumenta, que en el caso de una de ellas, esta

²² Art 23-4 de la L.O.P.J. vigente en la fecha en la que se dictó el auto de procesamiento establecía que la jurisdicción española era competente 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 delitos que relacionaba el precepto, entre los que se encontraba el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, exigiéndose además para su persecución por los Tribunales españoles que quedara acreditado que sus presuntos responsables se encontraban en España, o que existían víctimas de nacionalidad española, o se constatará algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se hubiera iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. Actualmente, tras la reforma llevada a cabo por la L.O. 1/2014, de 13 de mayo, el precepto permite la persecución de hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, tales como, el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte y el 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.

²³ ROJ: SAN 4620/2014.

condena se debe a la relevancia de su actividad en los hechos al ser la entidad que gestiona el envío de la maquinaria a Venezuela para que en la misma se introduzca la sustancia estupefaciente y su reexportación posterior a España. Y en el caso de la otra, dada la gravedad y relevancia de su intervención como destinataria final de la maquinaria en cuyo interior se contenía la sustancia estupefaciente intervenida. Y en ambos casos, en atención a la previsión contenida en el art. 369 bis en relación con el art. 31 (sic) ambos del Código Penal impone la pena de multa por la cuantía de la misma en la suma pedida por la acusación pública de 775.633.440 euros, mínimo fijado en el art. 369 bis apartado a) del Código Penal . La sustancia estupefaciente había alcanzado un valor de 258.544.480 euros, por lo que la multa impuesta se corresponde exactamente con el triple de ese valor, lo que implica que la acusación pidió la multa en el grado mínimo, pues podía haber llegado hasta el quíntuple del valor de la droga, esto es 1.292.722.400 euros, cantidad esta cuyo cobro se presenta como ilusorio.

En cuanto a la sociedad extranjera, dado que la misma es una entidad constituida en la República de Mali, con residencia en dicho país, la sentencia le impone la prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de 5 años, dada la gravedad y relevancia de su intervención como inicial entidad exportadora de la maquinaria en cuyo interior se introdujo la sustancia estupefaciente intervenida., Y en atención a la previsión contenida en el art. 369 bis en relación con el art. 31(sic) ambos del Código Penal la imposición de multa por la cuantía de la misma en la suma pedida por la acusación pública de 775.633.440 euros, en los mismos términos que las entidades anteriores.

De la lectura de la sentencia se desprende que las sociedades no fueron creadas para cometer el hecho delictivo, sino que existían como tales con anterioridad a los hechos. Y a parte de argumentar brevemente que con las sociedades se había montado un entramado que había sido aprovechado para cometer el delito, en ningún momento de la misma se alude al artº 31 bis, ni a cualquier cuestión relacionada con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Únicamente se hace referencia al artº 31 del Código Penal tal y como se ha expuesto. No obstante, sí que se refiere al artº 31 bis el Ministerio Fiscal al realizar la petición de condena de las sociedades, por lo que quizás podría contenerse en la sentencia un error de transcripción, ya que además, el Tribunal viene a condenar por los delitos que solicitó el Ministerio Público y en la concreta forma interesada por la acusación pública.

Así las cosas, y de acuerdo con los razonamientos que se han expuesto a lo largo de esta exposición, desde mi punto de vista, esta sentencia sería contraria al principio de legalidad, porque condena a una persona jurídica por dos delitos, los del artº 369 bis y 370 del Código Penal, que no puede decirse que se incluyan en el catálogo de *numerus clausus* del Libro II del Código Penal, tal y como hemos apuntado. Y por otra parte, tampoco podrían aplicársele las consecuencias accesorias previstas en los artículos 127 y 129 del Código Penal porque se trata de personas jurídicas y no de entes sin personalidad jurídica, por lo que la consecuencia de la regulación existente considero que no sería otra que la imposibilidad de condenar a estas sociedades, no siendo acorde con el principio de legalidad imponerles ninguna de las consecuencias accesorias previstas para los entes sin personalidad. A esta fecha no se ha tenido conocimiento de si dicha sentencia fue recurrida ante la Sala II del Tribunal Supremo, ni cuál ha sido el resultado del recurso, en caso de que se haya interpuesto, pues no en vano se ha dictado hace pocos meses.

Además de la anterior, se han conocido otras dos sentencias, también de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, una de fecha 26 de junio de 2013²⁴ y la segunda, de 6 de marzo de 2014²⁵. Y comenzando por esta última, llama la atención que se trata de una sentencia en la que hubo un reconocimiento de hechos por parte de los acusados quienes no discutían la acusación que el Fiscal formulaba contra los mismos y que se concretaba en un delito contra la salud pública (de sustancia que causa grave daño a la salud) de los artículos 368, 369-5 (notoria importancia), 369 bis (organización delictiva) y 370 (extrema gravedad) . Y además de las penas que se solicitan para las personas físicas, el Ministerio Fiscal solicitó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 369 bis último párrafo del Código Penal, la disolución de la empresa para la mercantil XXX S.L., empresa esta que según la sentencia, creada de forma legal tenía como finalidad camuflar la entrada de cocaína. Y a pesar de que en trámite de conclusiones definitivas, las defensas de los acusados se adhirieron al escrito de acusación del Ministerio Fiscal, el Tribunal no condena a la persona jurídica, dado que no fue llevada al proceso como responsable penal directa según lo dispuesto en el artº 31 bis, lo que implica- razona el Tribunal- que no puedan extenderse las adhesiones de las defensas a la imposición de la pena de disolución a la persona jurídica "XXX, Sociedad Limitada" y sin que sea aplicable el artículo 129 del Código Penal en la redacción dada por la L.O. 5/2010, pues

²⁴ ROJ: SAN 5877/2013.

²⁵ ROJ: SAN 901/2014.

tras dicha reforma, el artículo 129 del Código Penal sólo es aplicable a aquellas empresas que carecen de personalidad jurídica, lo cual no es el caso de una sociedad de tipo capitalista, si está legalmente constituida e inscrita, como parece deducirse del caso que nos ocupa el no constar datos o elementos de conocimiento, en contrario.

En la misma línea, la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 2013 condena a una serie de personas físicas por delitos similares que la anterior, pero no accede a la petición del Ministerio Fiscal consistente en el comiso de dos viviendas que estaban a nombre de una sociedad y que habían sido usadas por los acusados para ocultarse. Argumenta lo siguiente el Tribunal:

La no pertinencia del comiso de dichos inmuebles, a diferencia de lo que ocurre con el resto de bienes interesados por el M.F., se concluye de cómo la titularidad aparece a nombre de la sociedad indicada, y si se estimaba su relación con los hechos en términos de poder facilitar la conducta criminal, ocultando la titularidad real de instrumentos del delito, hubo de imputársele los hechos al amparo del art. 369 bis, pfo. 3º C.P., en relación con el art. 31 bis del mismo texto legal, y si se entendía que devenía ganancia ilícita la imputación hubiera debido ser al amparo arts. 301 y 302.2 C.P. Y, en todo caso, considerando a la sociedad tercero beneficiario a título lucrativo. No habiéndose conjugado ninguna de esas alternativas en derecho, y con el fin de soslayar cualquier indefensión en términos constitucionalmente relevantes, no ha lugar a acordar su comiso.

IV. CONCLUSIONES

No ofrece el legislador ninguna justificación que fundamente los motivos por los que, atendido el sistema de *numerus clausus* elegido para la punición de las personas jurídicas, no ha extendido su responsabilidad a las conductas del artº 369 bis, párrafos primero y segundo y 370 del Código Penal. Así pues, a mi juicio y como consecuencia de lo anterior, no ha conseguido alcanzar uno de sus objetivos fundamentales como era la persecución del crimen organizado tanto nacional como internacional con intervención de personas jurídicas y al tráfico de drogas llevado a cabo por esas organizaciones criminales. Por el contrario, todo parece indicar que una vez más el legislador ha hecho uso de la deficiente técnica legislativa a la que nos tiene acostumbrados.

Por tanto, puede concluirse que a mi juicio, en los casos en que una persona jurídica participe en una operación de tráfico de drogas tanto cometido en el seno de una organización criminal como de un grupo criminal e incluso en mera codeincuencia en el que además concurra alguna de las circunstancias previstas en el artº 370 del Código Penal, bien por el uso de una embarcación como medio de transporte específico, o se lleve a cabo la conducta simulando operaciones de comercio internacionales entre empresas o se trate de una cantidad de droga que excediera notablemente de la

considerada como notoria importancia, el respeto al principio de legalidad hará que haya de descartarse la aplicación de los artículos 31 bis y 31 ter como título de imputación de la persona jurídica en la comisión del delito, siendo que por otra parte, tampoco podrían alcanzarle las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 129, pues el mismo se refiere únicamente a entidades que carezcan de personalidad jurídica y en este caso estaríamos hablando de un ente dotado de personalidad jurídica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 del Código Civil y correspondientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Las soluciones a esta situación consecuencia del sistema *numerus clausus* se presentan complejas siempre que no pasen por una reforma del precepto legal. Bien podría haberse aprovechado la reciente reforma efectuada por la L.O. 1/2015 para solventar esa situación de anomia. Bastaba con una leve modificación del párrafo tercero del artº 369 bis o con la creación ex novo del artº 370 bis en el que se recogieran las penas a imponer a las personas jurídicas cuando de acuerdo con lo establecido en el artº 31 bis y 31 ter fueran responsables de los delitos recogidos en los artículos 368, 369, 369 bis y 370. Deberá esperarse a una interpretación jurisprudencial y que esta sea acorde con el principio de legalidad, aunque insisto, que la solución más sencilla pasaría por reformar el precepto legal.

Entre tanto ocurre, si es que ocurre, una posible solución para diferenciar el castigo de un acto de tráfico de droga cometido por persona jurídica incardinable en el artº 369 del más grave incardinado en el artº 370 podría concretarse en la individualización de la pena y en el caso de las conductas más graves, imponer las penas a las personas jurídicas en una cuantía más elevada que en los otros casos, pero tampoco considero lícito acudir a este recurso, dado que en el momento de la individualización de las penas en atención a lo dispuesto en el artº 66 bis en relación con el artº 66 ambos del Código Penal, quien juzga ha de justificar el por qué de la imposición de las mismas en una u otra extensión, como expresión del respeto al principio de proporcionalidad. Si a la hora de determinar las penas correspondientes en estos casos a las personas jurídicas, el legislador se hubiera limitado a hacer referencia únicamente a las conductas del tipo básico del artº 368, parece que el intérprete hubiera podido extender la condena de las personas jurídicas a cualquiera de los tipos agravados de los artículos 369 y siguientes.

En cuanto a la oportunidad de castigar a la persona jurídica con multas tan elevadas por el delito de tráfico de drogas, como el de las sentencias citadas, se presenta en cierta forma como carente de sentido, sobre todo en aquellos casos en los que la falta de recursos económicos de la sociedad, esto es, el impago de la multa, no permite la aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria del artº 53 del Código Penal, toda vez que ésta implica una privación de libertad que no es posible en el caso de una persona jurídica, sino que al amparo de lo dispuesto en el artº 53-5 del Código Penal, se podrá acordar la intervención de la mercantil hasta que se pague por completo, solución esta que se nos antoja poco práctica en el supuesto del delito que hemos tratado, pues si hablamos de pequeñas sociedades en las que también han sido condenados sus administradores como personas físicas, las mismas acabarán inactivas tras el ingreso en prisión de estos últimos, por lo que la solución intervencionista de la sociedad no alcanza a cumplir los fines de las penas en derecho colectivo, como sería la autoorganización de la empresa. Y en el caso de que se acuerde la disolución, no será posible la intervención, ni tampoco el pago de la multa, lo que convierte a la pena impuesta en carente de sentido.

Todos los inconvenientes que se han expresado dejarían de tener virtualidad si el legislador hubiera sido más cuidadoso en la utilización de una técnica legislativa correcta o si hubiera optado por el régimen un *numerus apertus*, bastando para ello hacer una tabla de equivalencia de las penas previstas para las personas físicas y las personas jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO SAGGESE, S., La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal (arts. 31 bis y 129 Código Penal), en: Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa, VIII Jornadas de Derecho Penal en memoria de José María Lidón, Cuadernos Digitales de Formación, nº 37, 2011, Consejo General del Poder Judicial.

CARRETERO SÁNCHEZ, A., Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Diario La ley, nº 7786, Sección Tribuna, 30 de enero de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en: Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, Cizur Menor, 2011.

LUZÓN CÁNOVAS, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la criminalidad organizada, Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa (VIII Jornadas de Derecho penal en memoria de José María Lidón, Cuadernos Digitales de Formación, nº 37, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Derecho penal español, Parte especial, 2ª ed. aumentada. y corregida conforme a la L.O. 5/2010, dir. F. J. Álvarez García, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

MORALES PRATS, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español, en: Álvarez García, F. J. (dir.), La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

NEIRA PENA, A., Primer auto de procesamiento contra persona jurídica, Diario La Ley, nº 7768, Tribuna, 3 de enero de 2010, Año XXXIII, Editorial La Ley.

NIETO MARTÍN, Adán, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, Madrid, Iustel, 2008.

PALACIOS CRIADO, M.T., Breve introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Supuestos delictivos, Persona jurídica delinciente, Especial referencia al artículo 66 bis del Código Penal, Cuadernos Digitales de Formación, nº 11, 2013, Consejo General del Poder Judicial.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Societas delinquere potest. Recurso electrónico disponible en: <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/societas-delinquere-potest-por-jose.html> [consulta: 29/04/2015]

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada, en: Muñoz Conde, F. (dir.), Un derecho Penal comprometido: Homenaje al profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

* * * * *

La corrupción en el deporte: art. 286 bis, 4º CP

~Francisco Javier Bretones Alcaraz~

Abogado del Ilre. Colegio de Abogados de Almería. Socio de la FICP.

Sumario.- I.- Cuestiones previas. II.- Bien jurídico protegido y naturaleza de la corrupción deportiva. III Corrupción deportiva pasiva: 1.- Sujetos activos. 2.- Conducta típica (Pasiva). 3.- Objeto de las conductas 4.- tipo subjetivo. IV.- Corrupción deportiva Activa: 1.- Sujetos activos. 2.- Conducta típica (activa). 3.- Objeto de la conducta (activa).V.- Autoría y participación. VI.- *Iter Criminis*. VII.- Cuestiones Concursales. VIII Bibliografía.

I. CUESTIONES PREVIAS

Tras la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, la corrupción deportiva está tipificada como delito en el artículo 286 bis, 4º del CP entre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico del Título XIII y dentro del capítulo XI dedicado a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.

A su vez la corrupción en el deporte se encuadra en un marco más amplio: el de la corrupción en el sector privado, o corrupción entre particulares previsto en la sección 4ª de dicho capítulo.

Hasta noviembre de 2009, el pre-legislador español no exteriorizó su voluntad de sancionar penalmente ciertas formas de corrupción en el ámbito deportivo, y ello pese a que desde hacía tres años todas las iniciativas legislativas existentes contemplaban ya en términos prácticamente definitivos un precepto que incriminaba, ex novo, la corrupción genérica entre particulares (hoy art. 286 bis CP)¹.

En relación, específicamente, a la tipificación de las formas de corrupción privada de los dos primeros párrafos, se da satisfacción, desde luego, al sector de la doctrina científica nacional que había puesto de manifiesto la pertinencia de sancionar esta clase de conducta. Pero, sobre todo, a la principal inspiradora de esa corriente de pensamiento, que es la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado que en pasaje alguno de su tenor se refiere a los sobornos en el concreto ámbito deportivo².

¹ GILI PASCUAL, A., RDPCrim, 8, 2012, p.14.

² CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, p. 33. Añade un estudio del derecho comparado, como es el derecho italiano con su Ley 401, de 13 de diciembre de 1989, el derecho portugués y su ley 50/2007 de 31 de agosto y el derecho alemán, pp. 40 a 50.

Por el contrario, en la Exposición de Motivos de la Ley O. 5/10 en relación a la corrupción deportiva se limita a explicar que “se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte”.

En todo caso, se advierte que la configuración de estas nuevas conductas (art. 286 bis CP) viene a suponer una transposición o, por así decirlo, privatización de tipos y motivos penales preexistentes. Baste pensar en la ya clásica corrupción pública y, en especial, en el delito de cohecho (arts. 419 a 427 del CP), aunque presenta notables particularidades, tanto normativas como materiales, respecto de la corrupción pública. Mientras que en la corrupción pública impera el interés general y los principios de imparcialidad y objetividad, en la corrupción privada hay una preeminencia de los intereses particulares y de la libre empresa y la maximización de los beneficios y, finalmente, en la corrupción deportiva prevalecen como pautas de referencia el “Fair Play” con respecto a actividades deportivas profesionales protagonizadas y organizadas por particulares aunque con un cierto grado de intervención pública³.

A juicio de CORTÉS BECHIARELLI, el precedente se encuentra en un documento crucial para el entendimiento del desarrollo de los acontecimientos prelegislativos: el denominado Manifiesto sobre las conductas fraudulentas en el deporte y la necesaria adopción de medidas legislativas para su represión, que suscriben la Liga Nacional de Fútbol Profesional, la Asociación de Clubes de Baloncesto, la Liga Nacional de Fútbol Sala, la Asociación de Futbolistas Españoles y la Asociación de Baloncestistas Profesionales y en él se podía leer que

... compartimos la opinión de que se debe aplicar una política de tolerancia cero contra las conductas fraudulentas” y solicitando el auxilio del Derecho Penal con base en la “magnífica experiencia de otros países de nuestro entorno que han modificado su Código Penal⁴

II. BIEN JURÍDICO Y NATURALEZA DE LA CORRUPCIÓN DEPORTIVA

En orden a la determinación del bien jurídico protegido se puede distinguir dos grupos⁵:

Un primer grupo tiene en cuenta aspectos ligados al deporte, es decir, considera que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de las competiciones deportivas⁶.

³ ANARTE BORRALLO, E./ROMERO SÁNCHEZ, C., RECPC, 14-20, 2012, p. 3.

⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, p. 38.

⁵ ANARTE BORRALLO, E./ROMERO SANCHEZ, C., RECPC, 14-20, 2012, p.11. En el mismo sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., El delito de fraudes deportivos, 2011, pp. 116 y ss.

También en este grupo, CORTÉS BECHIARELLI afirma que ha de insistirse en que el bien jurídico tutelado por el nuevo delito de corrupción en el deporte no es otro que el *fair play* o la pureza en el desarrollo de las competiciones deportivas profesionales que es el valor que, a la vista de la redacción del precepto comentado, se transgrede en todo caso con el soborno en este entorno específico, siguiéndose el modelo propuesto por la legislación portuguesa en la materia⁷.

MARTÍNEZ-BUJÁN afirma que carece de un bien jurídico penal digno de tutela, puesto que lo único que cabe entender que se protege aquí es la pureza o limpieza en la obtención del resultado en una competición deportiva⁸.

También debe mencionarse la postura de CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, que mantienen que el bien jurídico protegido son: a) el correcto funcionamiento de la libre competición deportiva en las ligas profesionales de los respectivos deportes en donde las haya; b) la probidad de las apuestas que por cualquier medio se realizan en relación a los resultados de las mencionadas competiciones profesionales⁹.

Ahora bien, mayoritariamente se ha dicho que el “juego limpio”, la “lealtad deportiva” o, incluso la “pureza deportiva” como tal, por muy deseable que sea en la práctica deportiva se ha mantenido que no tiene suficiente entidad para ser considerado bien jurídico protegible por el Derecho Penal¹⁰.

Una segunda línea apela a los intereses económicos, en particular, la relevancia económica de los resultados de las competiciones deportivas¹¹.

La principal particularidad de la corrupción deportiva se centra en un elemento teleológico: la finalidad de la conducta debe cifrarse en la alteración deliberada y fraudulenta del resultado de una prueba, de un encuentro o de una competición deportiva profesionales. Más que un subtipo de la corrupción entre particulares constituye un tipo penal autónomo con dos modalidades (activa y pasiva)¹².

⁶ Vid. BLANCO CORDERO, I., en: Gómez Tomillo, M. (dir.), Comentarios al Código Penal, 2010, pp. 1109-1115.

⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, pp. 64 y 65. Ahora bien, este autor afirma que este bien jurídico per se es demasiado endeble para justificar el reproche criminal.

⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C, Derecho Penal, Parte Especial, 2010, p. 510.

⁹ CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., Comentarios al Código Penal, 2011, p. 636.

¹⁰ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 2009, p. 643; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho Penal español, 2010, p. 629.

¹¹ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M./ROBLES PLANAS, R./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en: Silva Sánchez, J. M. (Dir.), Pastor Muñoz, N. (coord.), El nuevo Código Penal, 2012, p. 433.

¹² ANARTE BORRALLA, E./ROMERO SÁNCHEZ, C., A., RECPC, 14-20, 2012, p.11.

También debe destacarse que es un delito de mera actividad como luego se explicará.

III. CORRUPCIÓN DEPORTIVA PASIVA

1. Sujetos activos

Sobre quienes ostentan la condición de sujetos activos de este delito en su modalidad pasiva, es decir, los que ostentan la condición de corruptos o sobornados, no hay uniformidad en la doctrina. Así a juicio de ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ son: a) los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea su forma jurídica (sociedades anónimas deportivas, fundaciones, federaciones etc. (art. 14 y ss. de la Ley del Deporte; b) los deportistas, árbitros o jueces. Se trata, pues, según estos autores de un delito especial, a diferencia del delito de corrupción deportiva activa que podría ser cometido por cualquiera, constituyendo un delito común¹³.

Otros autores, como MARTÍNEZ-BUJÁN, afirman que en lo que concierne a la figura de la corrupción activa, los sujetos activos han de ser aquí, en el caso de la figura extensiva de la corrupción en el deporte del apartado 4, “los directivos, administradores, empleados o colaboradores “ de una entidad deportiva , porque son éstos los que sobornan ; por su parte, en la figura de la corrupción pasiva los sujetos activos serán aquí, en el caso de la figura del apartado 4, “los deportistas, árbitros o jueces”, porque son éstos los sobornados¹⁴.

En el mismo sentido, a juicio de BENÍTEZ ORTÚZAR, afirma que en el ámbito deportivo al que se refiere el art. 286 bis CP, quienes tienen capacidad para predeterminar o alterar fraudulentamente el resultado de un encuentro, prueba o competición deportiva son los deportistas y los árbitros y jueces deportivos que intervienen la misma. Y, por otro lado el autor afirma que quien tiene capacidad para incitar con beneficios o ventajas no justificados a los directamente participantes en el evento deportivo, en su provecho o en beneficio de terceros, con incumplimiento de sus obligaciones, corresponde a los “directivos, administradores, empleados o colaboradores” con capacidad de dirección en la entidad deportiva, cualquiera que sea

¹³ ANARTE BORRALLO, E./ROMERO SÁNCHEZ, C., RECPC, 14-20, 2012, p.16.

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C., Derecho Penal, Parte Especial, 2010, p. 512.

su forma jurídica¹⁵. Deberá reputarse, a juicio de BENÍTEZ ORTÚZAR, absolutamente carente de lesividad la transacción para predeterminar el resultado de una prueba deportiva en la que no aparezcan implicados los sujetos materialmente intervinientes en el juego (deportistas, árbitros y Jueces). La conducta del dirigente, administrador, empleado o colaborador que solicita, recibe o acepta el beneficio o ventaja con aquella finalidad, señala, quedaría extramuros del tipo, al representar solo un comportamiento más próximo al tráfico de influencias que, a su juicio, no habría querido incriminar el legislador español¹⁶.

Hay autores que destacan como llama la atención la amalgama que conforman los sujetos activos de esta modalidad de corrupción deportiva. Esto implica la equiparación, sin coherencia ni proporcionalidad alguna, de actores muy dispares, y con capacidades de realización de la conducta típica - es decir, la manipulación del resultado- totalmente distintas en el seno de esta figura. Para comprobar lo disparatado de estas homologaciones basta comprobar, por ejemplo, el estatuto de un director deportivo con el de un utillero, el de un árbitro de fútbol con el de un entrenador de porteros¹⁷.

Finalmente, conviene resaltar como la autoría no se remite exclusivamente a los casos en que los sujetos activos realizan personalmente la conducta típica : se extiende también a los supuestos en los que actúan mediante persona interpuesta , la cual, eso sí , ha de ser ajena al ámbito de dichos sujetos.

2. Conducta típica (pasiva)

CORTÉS BECHIARELLI hace referencia a que el delito de soborno deportivo acaba adoptando el mismo esquema sancionador que los de corrupción privada contra la libre competencia (“lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos...”), comienza diciendo el párrafo cuarto del art. 286 *bis* del C.P.. Éstos, a su vez, y con algunos matices importantes –no se encuentran en el repetido art. 286 *bis* manifestaciones del llamado cohecho impropio (art. 422), ni del de recompensa (art. 421), ni tampoco la posibilidad de exención de pena del art. 426, incompresiblemente–,

¹⁵ Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., El delito de fraudes deportivos, 2011, pp. 125 y 126. CASTRO MORENO mantiene que es un delito especial, y que si el sujeto corruptor es un tercero (no es administrador, directivo, deportista de una entidad deportiva ni árbitro o juez deportivo) , no podrá ser considerado como autor del delito de corrupción deportiva activa sino partícipe por inducción del delito de corrupción deportiva pasiva. Vid. CASTRO MORENO, A., en: Pérez González, C./Palomar Olmeda, A. (coords.), Derecho deportivo, 2013.

¹⁶ GILI PASCUAL, A., RDPCrim, 8, 2012, p.22.

¹⁷ Cfr. ANARTE BORRALLA, E./ROMERO SÁNCHEZ, C., RECPC, 14-20, 2012, p.17.

toman la arquitectura de los tipos básicos de cohecho en lo que tiene que ver, fundamentalmente, con la tradicional distinción entre formas de cohecho activa (párrafo primero) y pasiva (párrafo segundo)¹⁸.

Las conductas típicas de esta modalidad de corrupción deportiva, la pasiva, suponen: a) que el sujeto activo se muestre receptivo al soborno (recibiendo o aceptando el beneficio o ventaja); o b) que él mismo ponga en marcha la iniciativa corruptora (solicitándolos)¹⁹.

Al igual que sucede en las modalidades de cohecho de los arts. 419 y 420 del Código penal, los sobornos pasivos en el ámbito deportivo se sancionan penalmente cuando concurren tres acciones típicas: recibir, solicitar o aceptar. En sentido estricto, «recibir» es incorporar el sobornado a su patrimonio el objeto con valor económico que constituye el pago por su intervención en el pacto, incluso si la intención es la de acabar entregándoselo a un tercero.²⁰

– La solicitud. Se trata del único caso típico en el que los sujetos especiales del art. 286 *bis*, párrafo cuarto, se atribuyen la iniciativa del pacto, de manera que son ellos los que demandan la dádiva para la realización de los fines específicamente descritos en el tipo. Al igual que sucede con los particulares, la comprobación de la existencia de la solicitud, así como de su motivación concreta, consume la figura sin necesidad, esta vez, de que se acepte la oferta por parte de quien la recibe, ni tampoco de que se satisfaga la venalidad²¹.

ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ afirman en cuanto a la aceptación que implica: o bien una confluencia de voluntades con el sujeto que hace la oferta o la promesa – que en este caso es quien desencadena la iniciativa corruptora; o bien el concierto con el mismo – en cuyo caso la iniciativa de la corrupción es compartida.

Se trata así, de un delito de mera actividad o de consumación anticipada, o sea, que se consume con la estricta realización de las conductas típicas: solicitud, aceptación

¹⁸ Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, pp. 116 y 117.

¹⁹ ANARTE BORRALLO, E./ROMERO SÁNCHEZ, C., RECPC, 14-20, 2012, p.21.

²⁰ Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, pp. 134 y 135. Añade que la modalidad de recibir se reduciría a supuestos en los que el objeto material del delito es transportable y aprehensible (pago en metálico). La aceptación tendría lugar en aquellas hipótesis en las que no se puede hacer presente de forma corpórea la dádiva (por ejemplo una transferencia bancaria o un fichaje de un jugador).

²¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, p. 136.

o recepción²².

Por otro lado, la remisión que realiza el art. 286 bis 4º CP a los apartados anteriores plantea el problema de la exigencia de un incumplimiento de obligaciones al que se refieren dichos apartados. Pues bien, GILI PASCUAL admite que existen obligaciones ad extra de los dependientes en aras a la salvaguarda de la probidad en el deporte. Así se desprende con carácter general de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que somete a cuantos participan del entramado de la competición a la Disciplina deportiva, sea por infracción de las reglas del juego o de las normas generales deportivas (art. 73 LD), e incluyendo expresamente entre sus infractores, precisamente, a jugadores, directivos y administradores.²³

Entre ellas, como infracción muy grave, constan expresamente tipificadas las «actuaciones dirigidas a predeterminar mediante precio, intimidación o simples acuerdos, el resultado de una prueba o competición» (art. 76 LD). En definitiva, y por tanto, sí existe un deber genérico de probidad en las competiciones que incumbe evidentemente a los árbitros y jueces, pero también a los dependientes (directivos, administradores, empleados, deportistas, colaboradores).

3. Objeto de las conductas

Se pueden distinguir dos objetos materiales en este delito: el pago que realiza el sobornador al sobornado y el beneficio que obtiene aquél con el pacto para sí o para un tercero. En cuanto al primero, la “dádiva”, el “favor”, la “retribución” o el “regalo” de los delitos de cohecho se denominan en el presente caso «beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados», con lo que parece ponerse mucho más el acento por el legislador en los actos de soborno pasivo. Sea como fuere, la ventaja o beneficio han de plantearse como posibles. Los premios radicalmente imposibles, ilusos o fantasiosos no integran el tipo penal por su insignificancia²⁴.

ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ afirman que el objeto de las conductas está constituido por beneficios o ventajas de cualquier naturaleza no justificados, en virtud de la remisión que efectúa este tipo penal a los números anteriores. El núcleo de la corrupción deportiva, en general, se cifra en el intercambio, no necesariamente efectivo, de dos contraprestaciones: por una parte, un beneficio o ventaja; por otra, la

²² ANARTE BORRALLO, E/ROMERO SÁNCHEZ, C, RECPC, 14-20, 2012, p.21.

²³ GILI PASCUAL, A., RDPCrim, 8, 2012, p.55.

²⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E, El delito de corrupción deportiva, 2012, pp. 144-152.

manipulación del resultado deportivo. En la modalidad particular de corrupción deportiva pasiva, el objeto de las conductas típicas es el beneficio o ventaja –es decir, la comisión o el soborno– que solicita, acepta o recibe el sujeto activo, a cambio de esa actuación fraudulenta que está dispuesto a llevar a cabo. El Código Penal no especifica si el sujeto activo –esto es el solicitante, aceptante o receptor– ha de ser el beneficiario último del soborno, o si cabe un destinatario ulterior (la propia entidad,..., incluso posibles terceros). Se suele interpretar que el beneficio o la ventaja han de ser en personal provecho del sujeto activo – y, en consecuencia, si fuese en provecho de otros serían atípicos . Sin embargo, esta restricción no parece contar con ningún aval normativo ni político-criminal²⁵.

CORTÉS BECHIARELLI afirma que podría considerarse que la promesa de fichar por otro equipo mejor ya se integraría en el concepto de beneficio, así como cualquier clase de mejora dentro del propio club. Es decir; existen muchas ventajas privativas de este tipo concreto de delincuencia deportiva en atención al carácter progresivo de las carreras profesionales de los deportistas, y a su brevedad en ocasiones meteórica. La aceptación de incentivos o regalos incapaces de comprometer mínimamente el juego limpio en el deporte no constituye infracción penal alguna, a lo que contribuye la no tipificación en esta ocasión del regalo como recompensa por la actuación²⁶.

4. Tipo subjetivo

Constituye un delito doloso que no prevé la modalidad imprudente y además concurre un elemento subjetivo del injusto comprendido en la finalidad de predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesional.

CORTÉS BECHIARELLI afirma que la configuración típica y, especialmente la forma tan contundente y clara con la que se describe la intención subjetiva que preside su redacción, excluyen la posibilidad de que se pueda apreciar la modalidad de dolo eventual (admisible en delitos de peligro como el que me ocupa), exigiéndose en todo caso, a mi juicio, dolo directo. Si la perfección de la figura demandara imperativamente la alteración del resultado deportivo, entonces sí que cabría extender algo más el debate sobre el potencial protagonismo del dolo eventual en el ilícito, pero como dijo la SAP de Madrid 21 de febrero de 2001, «las modalidades de cohecho se caracterizan porque

²⁵ ANARTE BORRALLO, E./ROMERO SÁNCHEZ, C., RECPC, 14-20, 2012, p.21.

²⁶ CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, pp. 144-152.

no requieren la efectiva realización del acto acordado como contraprestación de las dádivas o presentes, pues únicamente se precisa que el funcionario manifieste su intención de actuar parcialmente de mediar una remuneración». CORTÉS BECHIARELLI sigue diciendo en relación a las primas a terceros afirman que en cualquier caso, son manifiestamente atípicas para el ordenamiento penal las primas que un dirigente de un club, o incluso un simpatizante, otorgue a los jugadores de su equipo para conseguir la victoria. Respecto al incentivo económico ofrecido para lograr esa victoria, entiendo que es competente la disciplina deportiva para su sanción, lo que no ha sucedido hasta el momento que se sepa, a pesar de que es conocido que esas primas existen, llegando a sostenerse incluso que contribuyen a la pureza de la prueba porque de ese modo el equipo primado sale a competir con algún estímulo en ocasiones en las que ya no se juega otra cosa. Si se parte de la base de que por voluntad legislativa el bien jurídico protegido por el delito comentado no puede ser por lógica otro que la pureza deportiva, entiendo que la contribución a su reforzamiento no debiera ser considerada delictiva porque, curiosamente, cuando se paga por ganar lo que se está persiguiendo de propósito la tutela de los valores deportivos²⁷.

IV. CORRUPCION DEPORTIVA ACTIVA

1. Sujetos activos

Aunque hay otras opiniones doctrinales Enrique ANARTE y Cándido ROMERO sostienen que en principio puede ser cualquier persona. Y ello a pesar de que –por las particularidades del contexto en que se inserta esta figura- quepa especular con la probabilidad de que los posibles autores de estas conductas vayan a ser personas vinculadas, de un modo o de otro, al mundo del deporte, e incluso a las mismas entidades deportivas.

En consecuencia, se mantiene la interpretación de considerar a la corrupción deportiva activa como delito común, restringiendo la calificación de delito especial solo a la corrupción deportiva pasiva, cuyos sujetos activos solo pueden ser los determinados en el número 4 del art. 286 bis.

Esta interpretación la fundamenta ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ principalmente en razones sistemáticas pues así como la expresión del número 4 –en sus respectivos casos– establece un paralelismo con las dos modalidades, activa y pasiva, de

²⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E, El delito de corrupción deportiva, 2012, pp. 161 y ss.

corrupción privada, del mismo modo opera este paralelismo respecto de la naturaleza de las figuras delictivas: delito común, en el caso de las formas activas de corrupción privada y deportiva ; y delito especial, en el de sus formas pasivas. Aunque también hay un paralelismo con el delito de cohecho, pues se configura como delito especial, en su modalidad pasiva y como delito común, en su modalidad activa.

Aunque también añada razones teleológicas pues el legislador en el Preámbulo de la LO 5/2010 de reforma del CP declara explícitamente que su finalidad es la lucha contra cualquier forma de corrupción, agregando que –respecto de la corrupción deportiva– se ha considerado conveniente tipificar los supuestos más graves de la misma. Y con esa interpretación en cuanto al ámbito de los sujetos activos en la corrupción deportiva activa le proporciona mayor grado de racionalidad instrumental a la norma, es decir, mayor eficiencia en su calidad de medio para el fin manifiesto perseguido: la lucha contra la corrupción²⁸.

2. Conducta típica (activa)

Teniendo en cuenta la remisión que efectúa el apartado 4º del artículo 286bis CP al apartado 1, que hace referencia a la corrupción activa, la conducta típica consiste en prometer, ofrecer o conceder.

BENÍTEZ ORTÚZAR afirma que el verbo “conceder” aparece como sinónimo de “dar” o “entregar”, es decir, “poner en manos o en poder de otro algo” que constituya un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificada. La acción de “prometer” consiste en obligarse a dar, decir o hacer algo que suponga un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificada. Por su parte el verbo “ofrecer” debe interpretarse como acción de comprometerse a dar, hacer o decir algo que suponga un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificada²⁹.

Siguiendo a CORTÉS BECHIARELLI, promete la persona que se obliga a recompensar de cualquier modo a alguno de los sujetos específicamente citados en el art. 286 bis, párrafo cuarto, del Código penal por la realización de una acción u omisión que sea útil para predeterminar o alterar el resultado de una prueba o competición deportivas; es decir, significa contraer un compromiso para estimular el logro de tales fines, de manera que el sobornado o un tercero salgan favorecidos del pacto, sin que sea

²⁸ ANARTE BORRALLO, E./ROMERO SÁNCHEZ, C., RECPC, 14-20, 2012, p .26 y27.

²⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., El delito de fraudes deportivos, 2011, p.165.

preciso que el intermediario, de existir, obtenga ventaja alguna. CORTÉS BECHIARELLI hace referencia a como nuestra Jurisprudencia hace referencia a como «cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la mera solicitud u ofrecimiento de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, “sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente, la condena del que recibe el ofrecimiento”. En suma: procesalmente, lo que se va a acabar produciendo es una inversión de la carga de la prueba, algo nunca recomendable en los juicios penales: sentado que se ha probado la existencia de una promesa en ese ámbito deportivo y con la finalidad subjetiva a la que alude específicamente el art. 286 bis, párrafo cuarto, del Código penal, serán las defensas las que habrán de probar la inidoneidad objetiva del ofrecimiento para comprometer los bienes jurídicos en juego. Pero aun así soy pesimista respecto a una posible corrección a la baja de la interpretación judicial antes comentada. Porque en la actualidad, y en relación con los delitos de cohecho, se impone esa jurisprudencia que, de manera prospectiva o inferida, entiende que toda suerte de promesa al funcionario o la autoridad en los términos típicos que recogen los arts. 419 y siguientes del Código penal constituyen tipos consumados de tal especie.³⁰

CORTÉS sigue diciendo que puede concluirse afirmando que en este punto se encuentra una importante diferencia entre el delito de cohecho y el de fraude deportivo: una vez que ha actuado el miembro de la entidad deportiva, el deportista o el árbitro, y que el resultado de la competición se ha producido, el ordenamiento penal no va a intervenir en ningún caso (a salvo de lo analizado en relación con los jueces encargados de la resolución de las reclamaciones).

3. Objeto de la conducta (activa)

ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ hacen referencia a que el beneficio en la modalidad activa el beneficio ha de poseer la entidad, la capacidad de persuasión, la fuerza de motivación suficiente para inducir los comportamientos pretendidos.

³⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, pp. 119 y ss.

4. Sujetos pasivos

Los destinatarios de la promesa, oferta o concesión son, pues, como decimos, los sujetos determinados en el art. 286 bis 4º CP: directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como deportistas, árbitros o jueces.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA CORRUPCIÓN DEPORTIVA

CORTÉS BECHIARELLI afirma que cuando el pacto tenga lugar entre el particular y alguno de los sujetos especiales del párrafo cuarto del art. 286 *bis* CP no estamos ante un caso de participación, sino de autoría individualizada de cada una de las infracciones, que no significa coautoría en sentido estricto. Cortes sostiene que la cláusula «por sí o por persona interpuesta» sirve, primero, para perfilar la autoría del sobornador y, además, contribuye a fijar la responsabilidad de los intermediarios, tan frecuentes en esta clase de delincuencia: éstos ostentarían la condición de cooperadores necesarios, debiendo considerarse autor a quien ofrece al intermediario el pacto, siempre que su labor consista en poner en contacto al sobornador con el sobornado³¹.

Sin embargo, ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ mantienen que la responsabilidad del interpuesto dependerá de la modalidad de corrupción y de la valoración que se haga de su intervención: si se trata de corrupción activa, responderá como cómplice, cooperador necesario o coautor, que será lo normal; mientras que en el caso de corrupción pasiva, hay que tener en cuenta que se trata de un delito especial, con todo lo que ello conlleva, incluida la atenuación prevista en el artículo 65,3 del CP para los cooperadores necesarios o inductores que no sean directivos, administradores, empleados o colaboradores. En consecuencia, no podría sancionársele como coautor si no ostenta esas cualidades y, si tuviera esa condición, difícilmente se podría decir que es una persona interpuesta. Ello reduce los títulos de imputación a la complicidad y a la cooperación necesaria –con el margen de atenuación indicado en este último caso–.

VI. *ITER CRIMINIS*

Siguiendo a CORTÉS BECHIARELLI conviene hacer referencia antes de examinar el *iter criminis* del delito de corrupción deportiva, el tratamiento jurisprudencial de los delitos de cohecho (art. 419 y ss.). Los delitos de cohecho han sido tradicionalmente considerados formas delictivas de mera actividad y de peligro abstracto como

³¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, pp. 178 y ss.

consecuencia de las acciones citadas por el legislador. En efecto, al bastar la promesa o la oferta, o incluso si la conducta es la de conceder, el delito se entiende consumado (STS de 12 de junio de 2002. Precisamente por eso, esta figura se considera de resultado cortado. Se catalogan, además, como formales y de consumación anticipada. El adelantamiento de la barrera punitiva es, pues, evidente y en este aspecto todo esfuerzo interpretativo por buscar la simetría entre la corrupción privada y la pública es desacertado por partir equivocadamente de la base de que, en nuestro caso concreto, la pureza deportiva y la probidad e imparcialidad de los que ejercen la función pública son bienes jurídicos equivalentes, análogos o cercanos.

Sigue diciendo CORTÉS BECHIARELLI que téngase en cuenta además que, consideraciones doctrinales aparte, el delito de cohecho se reputa en la jurisprudencia unilateral en determinados supuestos típicos, esto es, que para su perfección no es preciso que se materialice un acuerdo de voluntades cierto entre el oferente y el ofrecido.

Como consecuencia de lo anterior, se han venido entendiendo de muy difícil apreciación práctica las formas imperfectas de ejecución.

Por último, CORTÉS BECHIARELLI hace referencia a la STS de 11 de julio de 2002 en la que llega a admitir que no es preciso que el autor de la infracción tenga el dominio del hecho en relación con la conducta prometida al sobornador, pues «es irrelevante a los efectos del presente caso si el funcionario era quien estaba jurídicamente autorizado a levantar el acta. Lo importante es que prometía confeccionar un documento público falso y que tal conducta era y es, como tal, punible».

Puede entenderse que el interés estatal en el recto e imparcial ejercicio de las funciones públicas anticipe la perfección del delito hasta esos extremos, que más bien se compadecen con unos actos preparatorios. Pero la pureza deportiva, *de lege lata*, y el interés de los apostantes como consumidores, *de lege ferenda*, o ambos en concurso si se quiere, jamás justificarían una doctrina jurisprudencial como la glosada párrafos atrás. Es menester exigir *algo más*, que se propone a renglón seguido. Convendría corregir por vía jurisprudencial que la consumación de la figura de corrupción deportiva sea tan adelantada como en el caso del cohecho, debiendo probarse la existencia de un riesgo siquiera sea hipotético para el bien jurídico que se trata de proteger con la intención declarada de diferenciarlo del recto funcionamiento de la administración pública. De esa forma, habría de revisarse la tesis de nuestro Tribunal Supremo según la

cual el delito de cohecho «se perfecciona cuando el funcionario requiere o recibe una dádiva o la promesa de la misma a cambio de una determinada acción de su competencia funcional» (STS de 11 de julio de 2002). Es decir, este tipo nuevo de corrupción deportiva no debiera consumarse de una forma tan temprana, sino que tendría que probarse, en primer término, el acuerdo de voluntades, de manera que la negativa inicial del sujeto al que se le ofrece la dádiva no constituya infracción penal por tratarse de una mecánica asimilable a los actos preparatorios, como dije, y, en consecuencia, con vocación genérica de impunidad. Pero, además, el sentido de ese acuerdo, en relación con las posiciones de influencia de los actuantes 146 y las posibilidades ciertas de que se cumpla por parte de sobornado (porque es en ese momento cuando se hace visible el riesgo para el bien jurídico), son esenciales para entender consumada la infracción, aun manteniendo su condición, como se ve, de delito de peligro³².

VII. CUESTIONES CONCURSALES

ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ hacen referencia al supuesto en que el ofrecimiento, la promesa o la aceptación se dirijan a varias personas de una misma entidad- o fuera de ella como sería el caso de árbitros y jueces- tengan poder de decisión respecto de la manipulación del resultado. En este supuesto solo se sancionaría un único delito de corrupción.

CORTÉS BECHIARELLI afirma en materia concursal que con carácter residual, podrían proponerse los casos de los delitos de lesiones, dopaje, falsedades y contra la hacienda pública, por citar algunos del conjunto de supuestos casi más o menos verosímiles que se pueden ocurrir. Respecto al primero, piénsese en el médico del equipo --o cualquier otro «empleado»-- que produce el menoscabo físico de alguno de los deportistas de forma intencionada a fin de que no puedan ser alineados, o que inyecta en la comida durante los días de concentración un producto nocivo para la salud selectivamente. Sería éste el objeto del pacto, o la parte de compromiso que debería cumplir el sobornado, que, naturalmente, se acumularía en su caso a la pena del delito de corrupción deportiva. Asimismo, en el campo médico se podrían de igual modo situar las posibles interacciones concursales del tipo de referencia con el delito de falsedad documental. Sigue diciendo CORTÉS BECHIARELLI que se trataría de aquellos supuestos en los que el facultativo certifica la existencia de una lesión de un deportista,

³² CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, 2012, pp. 169 y ss.

impidiéndole su participación en una prueba. Algo muy parecido sucede en relación con el delito de dopaje, si la contraprestación del sobornado consiste en estimular la competitividad del deportista por esta vía, constituyendo el uso de la sustancia o método dopantes un acto subrepticio y artero desconocido por el deportista. Sentado lo anterior, parece lógico que las posibles situaciones de concurso del delito de corrupción deportiva se contraigan prácticamente a su hipotética concurrencia con la estafa, sobre todo en lo que tiene que ver con las defraudaciones relacionadas con las apuestas deportivas a través de la red. A pesar de esto, y en principio, serán poco probables estos supuestos de concurso como consecuencia de las propias exigencias típicas del delito de estafa.

Concretamente, ANARTE BORRALLO y ROMERO SÁNCHEZ dicen que en relación a la estafa, conviene tener en cuenta, que para la mayoría de la doctrina, la cadena de exigencias que configuran su estructura típica dificulta la subsunción de estos fraudes deportivos.

QUERALT JIMÉNEZ si admite relaciones concursales con la apropiación indebida, las falsedades o las insolvencias, cuando la corrupción supone, además, la realización de las conductas integrantes de dichas infracciones.³³

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ANARTE BORRALLO, E./ROMERO SÁNCHEZ, C., Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, 14-20, 2012.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., El delito de fraudes deportivos. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis 4 del Código Penal, Madrid, Dykinson, 2011.

BLANCO CORDERO, I., Sección 4ª. De la corrupción entre particulares. Art. 286 bis, en: Gómez Tomillo, M. (Dir.), Comentarios al Código Penal, Valladolid, Lex Nova, 2010.

CASTRO MORENO, A., El delito de corrupción en el deporte, en: Pérez González, C./Palomar Olmeda, A. (coords.), Derecho deportivo, Tirant lo Blanch, 2013.

CORTÉS BECHIARELLI, E., El delito de corrupción deportiva, Valencia, Tirant lo Blanch, Monografías 808, 2012.

³³QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho Penal español, Parte especial, 2010, p. 627.

CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., Comentarios al Código Penal, reforma LO 5/2010, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

GILI PASCUAL, A., La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos, Revista de derecho penal y criminología, 8, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., Derecho Penal, Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho Penal español, Parte especial, 2010, Barcelona, Atelier

SILVA SÁNCHEZ, J. M./ROBLES PLANAS, R./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en: Silva Sánchez, J. M. (dir.), Pastor Muñoz, N. (coord.), El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma, Madrid, La Ley, 2012.

* * * * *

El debate sobre la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de violencia de género en España

~Francesc Calls Ginesta~

Abogado. Socio de la FICP.

Resumen.- El presente trabajo versa sobre la controvertida dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de los delitos de violencia de género que reconoce el actual artículo 416 de la LECrim. y la trascendencia de su equiparación con la dispensa de los testigos unidos por vínculos personales con el procesado pero de cuyos hechos no son víctimas. Estando en presencia de delitos perseguibles de oficio en los que no cabe el perdón del ofendido, se está dando entrada a ese perdón, por lo que, atendiendo a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y a voces autorizadas en la materia, se analiza dicha problemática y su interpretación jurisprudencial.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos fundamentales en materia de violencia de género radica en el valor que debe otorgarse a la declaración de la víctima de dicha violencia y la facultad del Juez para verificar si existe con ella prueba de cargo suficiente al objeto de tener por enervada la presunción de inocencia. Son muchas las ocasiones en las que se alega por la defensa que el contenido de la declaración de la víctima viene rodeado de ausencia de credibilidad por existir resentimiento frente al acusado.

La inmediación judicial viene condicionada a que el Juez penal razone los motivos por los que entiende que los hechos se producen según declara la víctima y si existe alguna prueba periférica que corrobore esta declaración. Sin embargo, se dan casos en que no existe ninguna prueba adicional, por cuanto al realizarse en la intimidad estas agresiones, es imposible que concorra otra prueba. En estos casos debe motivarse por el Juzgador las razones por las que concluye admitir el contenido de la declaración de la víctima, resultando importante que se describa la percepción del Juez en cuanto a la forma en que declara la víctima y la descripción de la situación sufrida.

Los Tribunales vienen otorgando valor probatorio al testimonio de la víctima cuando concurren las siguientes notas:

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones procesado/víctima que pudieron conducir a la deducción de existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente;
2. Verosimilitud: El testimonio que no es propiamente tal, en cuanto que la víctima puede mostrarse parte en la causa ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones

periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo fundamental es la constatación de real existencia de un hecho;

3. Persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.¹

II. ALCANCE DE LA DISPENSA Y NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Como expone la profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela, Raquel CASTILLEJO MANZANARES² de acuerdo con lo previsto en los artículos 416 y 707 de la LECrim cuando un ciudadano sea llamado a prestar declaración ante el juez, deberá acudir, prestar juramento o promesa de decir verdad y prestar su declaración. Sin embargo, en dichos preceptos también se establece la dispensa del deber de declarar a los

... parientes del procesado, en línea directa ascendente y descendiente, a su cónyuge, o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y a los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como a los parientes naturales a que se refiere el nº 3 del artículo 261 LECRIM (“hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos”).

La actual redacción del artículo 416 de la LECrim, modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, se limita a incluir en la dispensa las personas unidas por relaciones de hecho análogas a la matrimonial, atendiendo al vínculo de solidaridad existente en la pareja, esté o no casada.

El Tribunal Supremo sostiene que la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge o pareja que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado.

No obstante, surge el problema de la perduración del vínculo en el matrimonio y en el de las relaciones de análoga afectividad a éste, ya que en el momento en que el

¹ MAGRO SERVET, Vicente, *Violencia doméstica y de género. 337 preguntas y respuestas*, 2ª ed., Madrid, Editorial Jurídica Sepín S.L., 2009, pp. 281-282.

² CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *La dispensa del deber de declarar del artículo 416 LECr. a debate*, en: *Puente Aba, Luz María, La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, 2010, pp. 343-346.

testigo es llamado a declarar puede no encontrarse vigente el vínculo. Sobre este particular, la Jurisprudencia había mantenido un criterio uniforme en el sentido de entender que la dispensa era aplicable si la relación existía en el momento de prestar la declaración.

Según el tenor literal del artículo 707 LECrim en relación con el 416 del mismo cuerpo legal, la persona que desee acogerse al derecho a no declarar en una vista oral, contra el acusado, deberá ser pariente del mismo o cónyuge o tener una relación sentimental estable con él en ese momento, no obstante, la ruptura del matrimonio o de la afectividad no impide acogerse a esa exención, si la declaración compromete la intimidad, por ser público el juicio oral, y temas delicados los que allí se exponen, según concluye la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010.

En iguales términos, la sentencia del Tribunal Supremo 292/2009, de 26 de marzo que se decanta por aplicar la exención aún después de la extinción del vínculo de cualquiera de los acusados, y se remite al criterio del Tribunal Constitucional manifestado en su Auto de 6 de junio de 2006 (ATC 187/2006): no puede aceptarse que la convivencia se erija en ratio de la excepción regulada en el artículo 416.1 LECrim.

Esta postura jurisprudencial llevó a la necesidad de establecer los criterios por los cuales ha de determinarse la existencia de efectiva convivencia o no en el momento de prestar declaración. Este posicionamiento se ha visto matizado por el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de Abril de 2013 en el que se refiere que sólo podrán acogerse a la dispensa los testigos que convivan con el acusado al momento de suceder los hechos. Además, no pueden acogerse a la dispensa los testigos que a su vez ejerzan la acusación particular. En este sentido, reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26/04/2013 que recoge el contenido del citado acuerdo,

... al acusado se le imputaba un delito de quebrantamiento de condena, estando ya ejecutoriamente condenado por hechos similares acaecidos con anterioridad, y todo ello pone en evidencia que ya había cesado, años atrás, la relación de pareja cuando se produjeron los hechos ahora enjuiciados, por lo que acorde con la jurisprudencia de esta Sala, la testigo y víctima de los hechos no estaba dispensada.

III. DERECHO A NO DECLARAR POR VÍNCULOS PERSONALES DEL TESTIGO-DENUNCIANTE

Del seminario celebrado en la sede de formación del Consejo General del Poder Judicial en mayo de 2009 en relación con los problemas interpretativos de la dispensa de la obligación de declarar del artículo 416 LECrim se extraen las siguientes

conclusiones: Las advertencias de la dispensa de la obligación de declarar del artículo 416 LECrim en los casos de violencia de género deben ser realizadas, en los supuestos en que concurren los presupuestos del citado precepto, tanto por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Juez de Violencia sobre la Mujer y por el titular del órgano enjuiciador. El hecho que en sede policial no se le haga advertencia a una víctima de la persona a la que denuncia de su derecho a no denunciar no la invalida³.

El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que el artículo 416 LECrim arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Pero en aquellos casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza, en la medida en que la presentación de una denuncia advierte claramente su voluntad espontánea de declarar.⁴

Con mucha frecuencia ocurre en este tipo de delitos relacionados con la violencia de género que la víctima, amparándose en la citada dispensa legal, se retracta en su declaración inicial sin que pueda ser tenida en cuenta en el juicio oral. Sin embargo, tanto el Tribunal Supremo como la mayoría de Audiencias Provinciales, pueden otorgar valor, atendiendo al caso concreto y a las circunstancias en que se vertieron esas declaraciones del plenario, a las declaraciones prestadas en la fase sumarial, aunque se haya producido la retractación de la víctima, basándose, en todo o en parte, en la declaración que les ofrezca mayor credibilidad, en función de la explicación que el acusado o testigo haya dado de su contradicción o retractación, del propio contenido y de las circunstancias de cada declaración y de la valoración de todo ello en relación con otras pruebas.

La renuncia de la víctima, en principio, no debe tener valor, puesto que desde el momento mismo de presentar la correspondiente denuncia, la acción penal ya no le corresponde en exclusiva al tratarse de un delito de carácter público, en el que el perdón del ofendido no extingue la acción penal, según sostiene MAGRO SERVET.⁵

Estas renunciaciones y retractaciones pueden obedecer a muchos factores: -unos espurios como pueden ser la violencia o presiones ejercitadas sobre la denunciante;

³ Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12 de julio 2007, rec. 10015/2007 de la que se infiere que el artículo 416.1º LECrim establece un derecho renunciante en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 23 de marzo de 2009, rec. 11295/2008

⁵ MAGRO SERVET, Vicente, *Violencia doméstica*, 2009, pp. 285.

otras por la propia complejidad de la relación de la pareja, sometida a oscilaciones emocionales, intentos de reconciliación, etc.-.

Todo ello suscita el valor que pueda tener tanto la denuncia como la retractación a efectos penales, siendo posible, que se valore por el Juez penal la declaración de la víctima en el Juzgado de instrucción, al compararla con la prestada en el plenario.

No resulta de aplicación para el supuesto del artículo 416 LECrim en que existe negativa a declarar, la posibilidad de la lectura de las declaraciones sumariales por la vía del artículo 730 LECrim, previstas para la imposibilidad del testigo a declarar o en los casos, por ejemplo, de las contradicciones existentes en las declaraciones de testigos o acusados en la instrucción y juicio oral, o negativa a declarar por acusados que se autoinculparon en la instrucción, pues en este caso se trata de una posibilidad concreta de dispensa legal a declarar, no admitiéndose la lectura en el juicio oral de las declaraciones sumariales de los testigos que se niegan a declarar en el acto de juicio por su relación de parentesco con el acusado.

Los razonamientos en los que se apoya el Tribunal Supremo en que claramente fija la imposibilidad de acudir al artículo 730 LECrim para leer las declaraciones sumariales son las siguientes:

- La libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial.
- Admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el juicio oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la sala su declaración sumarial inculminatoria.
- Se impide que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado.
- Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en sumario, a la actividad probatoria del juicio oral, por la vía del artículo 730 LECrim, que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la

voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el juicio oral, y no es el caso del ejercicio voluntario del artículo 416 LECrim.

- Tampoco puede utilizarse la vía del artículo 714 LECrim, que permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el juicio oral. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esta facultad y no declara, nada dice en el juicio oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega respecto a lo declarado en el sumario.

El citado problema del cada vez más reiterado uso del artículo 416 LECrim lleva a ahondar en razones objetivas y objetivables que abonen en la necesidad de abrir una reflexión acerca de este problema que sufren las mujeres, que por determinadas circunstancias se niegan a mantener la declaración inicial contra sus agresores, aún a sabiendas, y en muchos casos desconociéndolo, de que perderán su estatus personal en virtud de la orden de protección que se le habría concedido, en su caso, y con el estigma autoimpuesto de que en cualquier otro momento en el que denuncie de nuevo el acusado alegue la falta de credibilidad de su declaración, cuando en otro momento se negó a declarar sobre otros hechos ya denunciados, planteando la duda acerca de la concurrencia de los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para admitir la declaración de la víctima como prueba de cargo, con lo que es evidente que estas decisiones a negarse a declarar pueden arrastrar consecuencias negativas de futuro en otras denuncias que puedan presentar.

En este sentido surge la necesidad de utilizar la vía de la prueba preconstituida en estos casos, evitando la victimización secundaria de la víctima de malos tratos. Con ello quedaría resuelto el problema y se obtendrían varias ventajas con el objetivo de incrementar la protección de las víctimas, a saber⁶:

- Por un lado, al no exigirse a la víctima declarar de nuevo en el plenario, no se le somete a la victimización de revivir los sucesos por los que ya ha declarado, al menos, en dos ocasiones.
- Se evita, por ello, citar a la víctima al juicio, y que ella sepa, cuando presenta la denuncia, que sólo tendrá que declarar una vez ante un juez.

⁶ MAGRO SERVET, Vicente, *Violencia doméstica*, 2009, pp. 306-307.

- Se resuelve el problema interpretativo del artículo 416 LECrim, que en la actualidad impide, con la regulación legal, que se lean las declaraciones sumariales cuando la mujer víctima se niega a declarar ante el Juez Penal o Tribunal, otorgándose valor de prueba a la practicada en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer practicada con todas las garantías legales.
- Se evita crear la duda sobre la veracidad de muchas denuncias de mujeres que en realidad sí son víctimas de malos tratos, y que más tarde acaban en absoluciones por la posición de la víctima de negarse a declarar bajo el amparo del artículo 416 LECrim, actitud que el día de mañana, cuando se reiteren los malos tratos, será utilizado por el acusado para poner en tela de juicio la veracidad de estas denuncias cuando más tarde se niega a sostenerla en el juicio oral.

IV. ¿SOBRE LA POSIBLE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 416 LECrim?

En torno a la posible modificación del actual artículo 416 de la LECrim se alegó que cuando el pariente es la víctima, resulta lógico entender que no puede aplicarse el artículo 416 LECrim, previsto en su momento sólo para proteger al pariente que interviene como testigo no víctima.

Ni la víctima de violencia de género ni el denunciante de hechos en los que éste resulta perjudicado pueden equipararse al testigo fijado en el citado artículo. Puede entenderse que la presentación de la denuncia respecto a hechos en los que se ostenta la condición de víctima supone ya una renuncia tácita al uso del citado precepto. El citado artículo contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculadas parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas.¹

Una línea jurisprudencial mantiene que no puede aplicarse de forma literal la dicción contenida en el artículo 416 LECrim y por ello, del artículo 707 de la misma Ley, para la fase del juicio oral, a las víctimas de violencia de género, entendiendo que quien está presentando una denuncia ante una comisaría o ante un juzgado de guardia frente a una persona que guarda con ella una relación de parentesco incluida en el citado precepto no puede luego ampararse en que esta misma relación de parentesco es la que le va a permitir hacer uso del contenido de un artículo de la Ley Procesal Penal que está concebido para otros supuestos, lo que deja a la mujer del acusado, o persona

¹ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel., en: Puente Aba, Luz María, La respuesta penal, 2010, p. 347.

relacionada por alguno de los vínculos fijados en la ley, en una delicada situación personal. También se evita con ello la comisión de delitos de falso testimonio en juicio ya que, al fin y al cabo la relación de parentesco directo puede motivar estas reacciones de testigos para beneficiar a sus familiares.

En la actualidad y mientras no se produzca la modificación por el legislador, la facultad de abstenerse de declarar que ostenta, entre otros, el cónyuge y pareja del imputado se extiende de modo irrestricto a los supuestos de violencia de género, y con ella el deber de los órganos de instrucción y de enjuiciamiento de advertir al testigo en quien concurra tal condición de la posibilidad de hacer uso de la excusa legal y la consiguiente inhabilidad probatoria del testimonio inculpatario obtenido sin dicha advertencia, siendo procedente.

En el sentido que lo viene haciendo el Tribunal Supremo lo hace el Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer manifestándose a favor de una modificación de este artículo 416 LECrim, pues estando en presencia de delitos perseguibles de oficio en los que no cabe el perdón del ofendido, se está dando entrada a ese perdón, cuya única finalidad es la de conseguir la impunidad de los presuntos autores de tan execrables conductas, deviniendo, por tanto, absolutamente ineficaz la protección integral a la víctima.

Desde dicho Observatorio se ha expresado la necesidad de otorgar un tratamiento diferenciado a la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de violencia de género y doméstica, ya que se trata de delitos que se cometen, de ordinario, en la intimidad familiar, y en ocasiones no existe otra prueba que la declaración de la propia víctima, sin otros elementos objetivos que corroboren su versión. En estos casos en los que no hay otros testigos, si la víctima no declara no es posible continuar con el procedimiento, abocado, bien a su finalización anticipada en fase de instrucción, bien a la absolución del acusado, si la víctima-testigo se acoge a tal derecho a no declarar, en la fase de juicio oral.

La cuestión no ha sido pacífica, pues el parentesco o relación de afectividad, constante o pasada, que une al testigo-víctima y agresor en este tipo de delitos, indica que su tratamiento no debería ser el mismo que en otro tipo de delitos en los que no existe esta relación.

En el Anteproyecto de la LECrim se ha intentado ofrecer una solución a esta situación habitual en los delitos de violencia doméstica y de género, de modo que a la víctima-testigo se le da la oportunidad de acogerse a su derecho a no declarar, pero, una vez informada debidamente de este derecho, si decide declarar, ya no podrá retractarse en adelante, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

Significar, finalmente que, de conformidad con el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de Abril de 2013 no pueden acogerse a la dispensa los testigos que a su vez ejerzan la acusación particular, pronunciamiento acorde con la línea jurisprudencial anterior que cuestionaba si efectivamente podía acogerse al derecho a no declarar quien había iniciado el proceso por denuncia contra el procesado en su condición de testigo-víctima o quien había llegado a constituirse en acusación particular.

* * * * *

El levantamiento de cadáver y su importancia en la simulación de delito

~Prof. Marta Escudero Muñoz~

Prof. Asociada. Universidad Carlos III de Madrid. Abogada Fiscal, Alcalá de Henares.
Socia de la FICP.

I. INTRODUCCIÓN

El primer experto en medicina legal fue Imhotep, en Egipto (3000 años a. de c.) y el primer escrito sobre esta disciplina fue el Código de Hammurabi (1700 años a. de c.). A Ambrosio Paré (francés) y a Paulo Zacchia (Italiano) se les considera como los precursores de la medicina legal moderna.

Siguiendo al profesor VILLALAIN, por diligencia de levantamiento de cadáver como “la diligencia médico legal que abarca todas las medidas, documentación, técnicas y maniobras que se realizan cuando aparece un caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, para iniciar las investigaciones judiciales”¹.

La L.E.Crim., señala en su art.344 su función de “auxiliar a la administración de justicia e todos los casos y actuaciones en que sea necesaria o conveniente la intervención y servicios de su profesión”.

En el levantamiento del cadáver intervienen dos áreas de conocimiento complementarias: *la Tanatología* y *la Criminalística*.

Es necesario que en el lugar de los hechos acuda el **Médico Forense** (área tanatológica), pero también un Equipo de personas (Policías) que recojan los efectos del cadáver y los vestigios que puedan indicar cómo se produjo la muerte, si fue una muerte violenta, si fue producida por un tercero, etc.(área criminalística). La importancia de la presencia del Médico Forense es fundamental para una actuación rápida de los especialistas, en los casos de violación, asistencia a detenidos, maltrato y violencia de género, y otros casos de implicación criminológica².

Por tanto, se puede hablar de dos fases o momentos en el levantamiento: uno de carácter básicamente *tanatológico* y, por lo tanto, de carácter fundamentalmente médico y otro *criminalístico*, de color policial básico.

¹ VILLALAÍN, Medicina Legal, 2005, p. 6.

² LÓPEZ DE ABAJO RODRÍGUEZ, El Estudio de la escena del crimen y su valor criminalístico. Recurso disponible en: <http://manuelcarballal.blogspot.com.es/2007/07/metodos-y-tecnicas-de-la-investigacion.html>.

Para realizar la Diligencia de Levantamiento del cadáver hay que hacer una triple distinción dependiendo del momento en el que nos situemos:

1. Antes de la llegada de la comisión judicial: casi siempre es un funcionario de policía que tiene conocimiento de la parición o existencia de un cadáver y es el que llega primero al lugar del fallecimiento. Deben realizarse una serie de gestiones desde ese mismo momento: localizar el lugar, comprobar la realidad de la llamada, acudir al lugar lo antes posible para prestar ayuda, comprobar la veracidad del hecho, investigar las circunstancias en que se ha producido la muerte, avisar a un médico para comprobar fehacientemente la muerte del sujeto, poner en conocimiento del Juez el hecho, aportar los datos iniciales para la investigación judicial, identificar a la víctima si es posible, No tocar el cadáver salvo para realizar el diagnóstico de la muerte, mantener el cadáver fuera del área de acción de curiosos y prensa, cubrir el cadáver si es posible, controlar el tráfico, aportar en lo posible el material preciso complementario (iluminación, escaleras, cuerdas, grúas, etc.), orientar a la comisión judicial, evitar la formación de huellas o rastros nuevos, recoger los antecedentes existentes sobre el sujeto.
2. Durante la diligencia de levantamiento del cadáver: se hace necesario transmitir a la Comisión la información recibida y colaborar con ella.
3. Después de la diligencia de levantamiento: fundamental es preservar los indicios que la autoridad judicial considere. Trasladar los vehículos si los hubiera al Depósito Municipal. Restablecer la normalidad callejera, borrar manchas y rastros de la muerte.

Una vez que se ha producido el levantamiento del cadáver, se hace necesario recoger los indicios biológicos del delito:

El artículo 785 de la Lecrm dice que "cuando (el Juez) lo considere necesario que por el Médico Forense u otro perito se proceda a la obtención de o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente", indica la competencia del médico para la recogida de muestras o vestigios, términos que sobrepasan ampliamente el restrictivo de las simples muestras cadavéricas.

No es suficiente retirar el cadáver y hacerle la autopsia, hay que reunir los datos que nos permitan establecer el móvil de este delito o de que no ha sucedido ningún delito y

estamos ante una muerte natural, averiguare cómo, cuándo, reconstruyendo, a través de todos los indicios habidos en la escena, el dinamismo y la estática del mismo, es, la morfología general del hecho.

Para ello, de conformidad con la Orden de 8 de Noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de las muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología:

... deben ser recogidas de la zona más cercana al foco de explosión, remitiéndose pequeños fragmentos o, si esto no fuera posible, frotar la zona circundante con un algodón impregnado en acetona. Remitir otro algodón con acetona para utilizarlo como control y hay que recordar que no se debe frotar con acetona superficies de material plástico, ya que aquella puede modificarlo³.

II. LOS PRINCIPIOS DE LA INSPECCIÓN TÉCNICO-PERICIAL.

La inspección técnico-pericial consiste en la realización de una exploración sistemática del lugar donde se ha realizado un delito. A través de esta no debemos conformarnos con conseguir el convencimiento de que el hecho se ha llevado a cabo, que se ha realizado de una determinada forma, ni sospechar sobre el número de personas que han intervenido, sino que deben encontrarse pruebas que demuestren este convencimiento de modo fehaciente, tanto material como racionalmente.

No basta hallar la víctima, si existe, fijar su posición o el arma utilizada, sino reunir los datos que nos permitan establecer el móvil de este delito, el cómo, cuándo, reconstruyendo, a través de todos los indicios habidos en la escena, el dinamismo y la estática del mismo, es, la morfología general del hecho.

Una sistemática bien desarrollada entraña por lo tanto dos fases complementarias:

- a) El análisis de la morfología externa, esto es, recoger y analizar minuciosamente el acto y la escena,
- b) La morfología interna o elaboración psicogenética, que conjeturamos a partir de los datos anteriores y de las relaciones cronológicas y topográficas existentes.

De ahí que siempre deban separarse, en la investigación médico-pericial, la estática y la dinámica del hecho, el tipo de delito y su modo de ejecución y la génesis del mismo, unas veces impuesto por las circunstancias del delito, otras, cuidadosamente planeado, elegido premeditada y voluntariamente, capaz de reflejar multitud de particularidades y

³ B.O.E. número 308, de 23 de diciembre de 1996.

matices corporales, funcionales y psicológicos, normales o patológicos.⁴

También es muy importante, la fijación del lugar. Según el art. 332 de la L.E.Crim. ordena que "todas las diligencias comprendidas en este capítulo se extenderán por escrito en el acto mismo de la inspección ocular, y serán firmadas por el Juez Instructor, el Fiscal, si asistiere al acto, el Secretario y las personas que se hallaren presentes. La misma Orden se reitera para los funcionarios que participen. El art. 292, plantea la obligación del Atestado y de las diligencias que se practiquen, en el que "especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito".

Hay que establecer el dibujo, como establece la L. E. Crim. se refiere a esta modalidad artística en el art. 327 cuando plantea que se deben realizar copia o diseño de los efectos o instrumentos que se hubieran hallado cuando sea conveniente. De hecho es técnica que tuvo su momento, que desbordó las someras indicaciones de nuestras disposiciones y que hoy se va utilizando menos dada la objetividad y facilidad de otros medios de reproducción y fijación de imágenes.

Sin duda hay que hacer mención a la importancia que tiene la realización de un reportaje fotográfico. La aplicación de las técnicas fotográficas están limitadas en nuestra L. E. Crim. al retrato de las personas que hubieren sido objeto del delito cuando fuere conveniente. Evidentemente, esta disposición se condiciona al momento histórico en que fue escrita, en que la fotografía constituía un procedimiento escaso y costoso. La realidad es que ha desbordado cualquier limitación y no se concibe una buena investigación del lugar de los hechos sin un reportaje fotográfico completo y exhaustivo. En el Procedimiento Abreviado, el art. 786, redactado de acuerdo con la Ley Orgánica 7/88 de 28 de diciembre, se señala la fotografía como necesaria cuando haya que retirar el cadáver de la vía pública o en lugar inadecuado. en el procedimiento de Diligencias Urgentes del Juicio Rápido, se regula que la Policía Judicial "Remitirá al Instituto Nacional de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán al inmediato análisis de lo solicitado y remitirán el resultado al

⁴ El Dr. Miquel ORÓS MURUZÁBAL describe en su estudio Escena del crimen - El médico forense en la escena del crimen, Curso Monográfico de Criminalística, Escuela Judicial, CGPJ, Barcelona, 2009, pp. 9-11, los siguientes métodos de búsqueda: por asociación, en línea recta, en cuadrícula, radial, en espiral y por zonas.

Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora en que se hayan citado a las personas indicadas en las reglas anteriores. Si no fuere posible la remisión del informe en dicho plazo, la Policía Judicial podrá practicar por sí misma dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo” (art. 796.1.6ª LECr); y que “Si no fuere posible la remisión al Juzgado de guardia de algún objeto que debiera ser tasado, se solicitará inmediatamente la presencia del perito o servicio correspondiente para que lo examine y emita informe pericial ...” (art. 796.1.8ª LECr).

La realización de planos también es una práctica necesaria. La previsión de este punto se encuentra en nuestra L.E.Crim. en su art. 327 que específicamente manda que "cuando fuere conveniente para la mayor claridad o comprobación de los hechos, se levantará el plano del lugar, suficientemente detallado...".

El modelado puede ser una práctica necesaria, estando la huella o indicio en relieve sobre material no transportable, perecedero o de duración limitada, debe procederse, mediante la técnica adecuada, a obtener el molde correspondiente para evitar su desaparición.

Por último la remisión de los indicios y muestras recogidas debe realizarse de tal modo que se evite que desaparezcan, se deformen o se introduzcan artificialmente otros nuevos. Hay que llamar la atención sobre otro elemento al que no se presta atención suficiente: el crear una cadena continua y segura de custodia de estos indicios desde que se preparan y remiten hasta que llegan al laboratorio, cadena de custodia que constituye uno de los elementos substanciales de la seguridad jurídica, de tal modo que, en cada momento, exista alguien responsable de su traslado y custodia y se sepa quién es.

III. LA SIMULACIÓN DE DELITO

Siguiendo al profesor VILLALAIN⁵ es costumbre dar por aclarado un homicidio cuando el presunto autor se suicida, hecho este relativamente frecuente (estadísticamente 113 casos sobre 271), cuando de todos es sabido que una de las causas que empujan al suicidio del sujeto inculcado es, precisamente, la falsedad de la inculcación.

Desde el ángulo estrictamente médico legal interesa resaltar siete puntos fundamentales a fin de averiguar y distinguir que estamos ante un delito y no ante una muerte natural o involuntaria:

⁵ VILLALAIN, en: Inspección ocular, nº 7, Centro de Estudios Judiciales, 1991, pp. 179-211.

- a) El examen del lugar de los hechos supone un trabajo exhaustivo. El estudio del parámetro orden-desorden del lugar, existencia de huellas de lucha, la búsqueda, estudio remisión en debida forma de indicios biológicos y materiales del delito, al determinar las existencia de los objetos presentes, ausentes, documentos, cartas, estado de la habitación, abierta cerrada, estado de las ventanas, gas, estado de la comida, correspondencia recogida o no del buzón, grado de desgaste de la cuerda del reloj etc., son elementos relevantes igual que la recogida adecuada de los vestigios y de los testimonios habidos en relación al caso.
- b) Estudios de los vestidos de la víctima: insectos o rotos, ropa abrochada o desabrochada, arreglada o desarreglada o desaliñada, determinación de desgarros que nos proporcionarán datos sobre le arma, la de las lesiones, sentido dirección existencia de manchas de sangre, pólvora... y en general la búsqueda valoración de cualquier indicio de carácter biológico o material en ropa, puede ser elemento decisivo a la hora del diagnóstico etiológico o simplemente determinar las circunstancias que concurrieron en el hechos.
- c) Respecto del examen del cadáver debe ser completo externo e interno. Lesiones de violencia de todo tipo nos permitirán diagnosticar la causa de muerte, las concausas o las circunstancias del caso, determinando por la existencia de lesiones de lucha o defensa, carácter y situación de las livideces y rigidez, existencia de espasmo cadavérico, etc., unido todo ellos a la búsqueda de huellas dejadas por el agresor sean de restos de reborde subungueal, estigmas ungueales, huellas contusas digitiformes, manchas biológicas, impresiones dermocapilares. El examen interno supone el estudio minucioso de las lesiones, de su vitalidad, de la secuencia en que se producen, su naturaleza, el número localización abordabilidad de la víctima etc.
- d) En general las lesiones complejas y mayores tienden a ocultar otras menores, por lo que debe extremarse por tanto el rigor de la investigación.
- e) Examen del arma: naturaleza, idoneidad, manejabilidad, su estado, etc.
- f) Datos de orden psicológico psiquiátrico: es fundamental determinar la situación psicológica, tanto de la víctima como del presunto autor, de ahí la importancia de concretar su constitución, caracteres endocrinos, antecedentes patológicos toxicomanía etc. Muchas veces puede incluso cuantificarse mediante el estudio de

sus escritos, incluso las mismas motivaciones psicológicas: angustia, crisis depresiva, miseria, enfermedad, ruina, las cuales explican comportamientos de la víctima.

- g) Por último, datos sumariales: estado de salud de la víctima, situación económica intentos anteriores de suicidio, son elementos que nunca deben marginarse

También existen signos orientadores que dependiendo de la zona, forma y carácter pueden ayudarnos a saber si se trata de una muerte violenta o natural:

- a) En relación con la forma de la muerte: la ahorcadura, hace pensar en suicidio, la estrangulación en homicidio
- b) Atendiendo a la clase de armas: arma blanca homicidio, contusiones en homicidio o accidente.
- c) Signos de violencia: existencia de lesiones de defensa: homicidio, la reiteración en homicidio.
- d) Atendiendo al lugar de las lesiones, zona temporal con lesiones de arma de fuego, suicidio, lesiones por arma blanca cortantes en codo cara anterior de antebrazo en suicidio.
- e) Preparación. la zona corporal descubierta debe suponer un suicidio.
- f) El número de heridas: una o dos suicidio/homicidio, mas de dos homicidio.
- g) Variedad de heridas: homicidio.
- h) El número de heridas mortales: más de dos heridas mortales excluyen el suicidio.
- i) La profundidad de la lesión habla de homicidio.
- j) La regularidad de los bordes habla de suicidio.
- k) La existencia de lesiones de defensa.
- l) La existencia de espasmo cadavérico.

IV. DATOS QUE PROPORCIONA LA AUTOPSIA

Después de lo anteriormente señalado, voy a pasar a estudiar el los datos que nos proporciona la autopsia a fin de determinar si estamos ante un delito o no.

Se trata de determinar lo que se conoce como “Diagnóstico de la Muerte”, lo que se encuadra dentro del campo superior denominado “fenómenos biológicos de la muerte”.

En la actualidad se han descrito más de trescientos signos de muerte, unos con carácter científico, que debe utilizar el médico, y otros para facilitar el diagnóstico por parte de la población en general.

Para plantear el posible diagnóstico, deberíamos determinar tanto signos negativos de vida como signos positivos de muerte.

Signos negativos de vida: son aquellos que se deben a la suspensión de los fenómenos vitales (coloración amarillenta de la piel, ausencia de soplo nasal y bucal, inexistencia de pulso y latido cardiaco, pupilas sin reacción, desaparición del reflejo corneal).

Signos positivos de muerte: Son los debidos a los fenómenos cadavéricos (enfriamiento por debajo de 18°, una fricción enérgica de la piel produce apergaminamiento, deformación oval de la pupila a presionar el ojo, acidificación portmortem del saco conjuntival).

Como signos más destacados, podemos distinguir:

1. Signos proporcionados por el síndrome respiratorio:

Para que sea fiable, debe comprobarse una parada superior a 30 minutos. Nos encontramos con:

- a) Ausencia del soplo nasal. Se trata de comprobar su ausencia observando si oscilan un grupo de hilos, una pluma o mejor la llama de un mechero al acercarlos a los orificios respiratorios.
- b) Prueba del espejo enfriado en hielo. El aliento se condensa sobre un espejo frío. La sensibilidad es máxima enfriándolo previamente en nevera. En estas condiciones aparecería un halo de condensación al acercarlo a los orificios respiratorios a poco que el sujeto respirase.

2. Signos proporcionados por el sistema cardiovascular

Son los que proceden tanto del cese de la circulación como de los vasos sanguíneos y del corazón.

Igualmente, proporcionados por el sistema cardiovascular son los procedentes del cese de la circulación como la decoloración de la piel, la pérdida de la transparencia de la mano, la pérdida de la incandescencia bucal, la ligadura del dedo y la quemadura, para casos extremos en los que puede aplicarse llama al antebrazo. Se producirá una ampolla que estará llena de aire en el cadáver y de líquido en el sujeto vivo.

3. Signos proporcionado por el sistema nervioso

Como tales hay que destacar la inmovilidad y actitud corporal, la falta de tono muscular y la ausencia de reflejas y la ausencia de sensibilidad dolorosa y farmacológica.

4. Signos proporcionados por el sistema muscular

Son los signos proporcionados por el enfriamiento cadavérico; signos proporcionados por la desecación cadavérica; signos proporcionados por el inicio de la putrefacción y signos químicos y humorales.

5. Signos proporcionados por los fenómenos cadavéricos.

Clásicamente se dividen en:

- a) Negativos o abióticos, debidos a la falta de vida .A su vez se dividen en inmediatos pérdida de conciencia, pérdida de sensibilidad, pérdida de motilidad, etc., y consecutivos: rigidez, hipóstasis, enfriamiento, fenómenos de evaporación).
- b) Positivos, bióticos o transformativos, debidos a la actividad vital que se apodera del cadáver y de sus restos (inmediatos: putrefacción; consecutivos: momificación, saponificación, corificación, maceración y fosilización).
- c) Manos y pies fríos: es el fenómeno conocido como enfriamiento sobre el que, como introducción, puede señalarse que el hombre es un animal homeotermo o isotermo. Al producirse la muerte, cesa la función termorreguladora, desaparece la circulación sanguínea y se altera gravemente el metabolismo. A partir de ese momento, el cuerpo deja de producir energía y queda sujeto a las leyes físicas.

Este proceso de equilibrio no es homogéneo, existen varias fases evolutivas:

- a) *Hipotermia postmortem*. En algunas circunstancias (alteraciones nerviosas, epilepsia, electrocución) al cesar los frenos reguladores de la temperatura, esta se dispara y aumenta en uno o dos grados.

- b) *Equilibrio térmico.* A continuación o, inicialmente si no existe hipertermia inicial, la temperatura se mantiene estable debido a que el centro del cadáver no es alcanzado por la “onda de enfriamiento” hasta dos horas después de iniciarse la pérdida calórica en los tejidos periféricos.
- c) *Fase de descenso lento.* Durante 3 horas desciende la temperatura a razón de medio grado por hora.
- d) *Fase de descenso rápido.* Luego el descenso se hace de un grado por hora, durante las 6 a 8 horas siguientes.
- e) *Fase de descenso lentísimo* en que éste es de 0,75, 0,50 y 0,25 grados por hora, durante 12 horas.
- f) *Fase de infradescenso* en que el cadáver se nota y se hace más frío que el ambiente, debido a la evaporación cutánea.
- g) *Fase de equilibrio térmico* en que el cuerpo alcanza la misma temperatura que la del ambiente que le rodea.
- h) *Fase de recalentamiento putrefactivo:* la actividad putrefactiva y las colonias de seres vivos que crecen en el cadáver son capaces de originar altas temperaturas.

El enfriamiento presenta un orden, se hace progresivamente, de afuera a dentro:

- En la propia agonía comienza éste por las partes acras (pies, manos, nariz, orejas).
- Miembros.
- Parte anterior de tórax y dorso.
- Abdomen, zona inguinal, axilas, partes laterales del cuello.
- Vísceras, hasta 18 a 20 horas después.

Existen factores que condicionan el enfriamiento que pueden dividirse en extrínsecos e intrínsecos. Los primeros, extrínsecos son la temperatura ambiente, la ventilación, humedad, medio líquido, lugar, indumentaris o coberturas y soporte del cadáver. Entre los intrínsecos: edad: el recién nacido se enfría más que el niño y éste más que el adulto debido al mayor espesor de la piel.

Como aplicaciones medico forenses y policiales tenemos: el diagnóstico de la muerte, el cronotanatodiagnóstico y la reconstrucción de las circunstancias que produjeron la muerte.

- Si se aprecia rigidez de las extremidades superiores e inferiores estamos ante otro fenómeno cadavérico, la rigidez.

Al sobrevenir la muerte se origina un estado de relajamiento o flacidez muscular generalizado, posteriormente, lenta y progresivamente se instaura un proceso de contracción muscular.

La rigidez cadavérica, por tanto, sería el estado de tensión muscular progresiva y generalizada que sobreviene después del fallecimiento.

Esta contractura generalizada afecta a todos los sistemas musculares, tanto si son de fibra lisa (músculo blanco) o estriada (músculo rojo). En los músculos de fibra lisa, corazón y diafragma, se inicia la contractura entre media hora a dos horas de la muerte; en la estriada se inicia entre las 3 y las 6 horas del fallecimiento, debiéndose tener aquí en cuenta la posición del cadáver para poder determinar su progresión, dato que nos los proporciona el supuesto práctico. Se completa a las 8-12 horas, se hace máxima a las 24 horas e inicia su desaparición a las 36-48 horas.

Como aplicaciones medicoforenses y policiales tenemos: el diagnóstico de la muerte, el cronotanatodiagnóstico y la reconstrucción de las circunstancias que produjeron la muerte.

- Livideces en las partes más cercanas al suelo, parte interior del brazo izquierdo, mejilla y barbilla lado izquierdo, toda la parte izquierda del tórax y abdomen y pierna derecha. Lo cual señala otro fenómeno cadavérico que son la livideces.

Etimológicamente el término de hipóstasis deriva del griego “Hypo”, debajo e “Histemi”, poner o tener. Se define con esta palabra el depósito o sedimento de sangre que se produce en los tejidos del cadáver. En la piel reciben el nombre de “livideces” por su coloración violácea.

Mecanismo de producción, cuando cesa la circulación sanguínea, el sistema circulatorio se transforma en un sistema cerrado de tuvo de paredes elásticas y la sangre, debido a su propio peso, tiende a deslizarse hacia los territorios vasculares

más bajos, que se dilatan, contrayéndose los superiores. Las partes más elevadas del cuerpo empalidecen y las bajas se congestionan tomando una coloración violácea debido al acumulo de sangre hipervenosa. Debiéndose tener en cuenta que con la muerte desaparecen tanto las zonas hiperémicas como eritematosas y que no ocurre así con las equimosis y extravasaciones sanguíneas.

Constituyen manchas, vetas o estrías, más o menos extensas y difusas, de coloración primero rojiza y luego vinosa. Su topografía esta en relación con la posición del cadáver (tumbado, colgado, etc.). En un primer momento, la compresión de estas zonas vacían de sangre el territorio, posteriormente el deterioro vascular y la hemolisis sanguínea tiñen las zonas perivasculares; más adelante se produce una extravasación sanguínea que hace permanentes las mancha hipostáticas.

Aparecen a los 20-45 minutos en la zona dorsal del cuello; en general se constituyen a las 3-7 horas y alcanzan su máximo a las 12-18 horas, momento en que se fijan y se hacen permanentes. Por lo tanto pueden aparecer ya durante la agonía.

Este fenómeno va a permitir diferenciar si las livideces son recientes o de larga duración; basta comprimir la zona hipostática y observar si se vacía de sangre el territorio comprimido o permanece la coloración.

Existen, como en los supuestos anteriores, factores condicionantes que pueden ser exógenos como el frío o plano de apoyo y; endógenos como la edad, la raza, intoxicaciones y envenenamientos.

V. CONCLUSIONES

La valoración de la situación, aspecto y color de las livideces e hipóstasis van a tener una importancia fundamental en el diagnóstico de la muerte en el cronotanodiagnóstico, en la determinación de la posición del cadáver y cambios experimentados, en la determinación del plano de sustentación y diagnóstico de la causa de la muerte. El estudio médico-legal, como hemos visto, es fundamental, a fin de conocer la situación y evolución del cadáver.

Nuestro Tribunal Constitucional exige que la atribución de un hecho punible sea “verosímil o fundada” para considerar a una persona determinada como imputada (STC

135/1989, de 19 de julio) lo que, obliga al juez a “analizar la coherencia o consistencia de la imputación”. Por ello, debe exigirse a los que participen en la diligencia de levantamiento y análisis del cadáver, analicen si se encuentran ante “sospechas fundadas” que solo serán de apreciar cuando los hechos concretos permitan suponer, según la experiencia criminalística, que se ha cometido un hecho punible (STS de 11-3-1994) debiendo insistir en la idea la no arbitrariedad de las sospechas que deben fundarse *ex ante* en indicios racionales profesionalmente evaluados (STS de 6- 10-1999).

VI. BIBLIOGRAFÍA

DORADO MONTERO, P., Los Peritos Médicos y la Justicia Criminal, Pamplona, Jiménez Gil, 1999.

FERNÁNDEZ CABEZA, J., Autopsia médico-forense negativa, Anales de Medicina Forense, Madrid, 1962.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.J., Traumatismos por onda expansiva: blast, en: http://www.saludalia.com/Saludalia/web_saludalia/urgencias/doc/documentos/doc/traumatismo_onda_1.htm, 2001.

GISBERT CALABUIG, J.A./CASTELLANO ARROYO, M, Lesiones por arma de fuego. Explosiones, en: Gisbert Calabuig, J.A., Medicina Legal y Toxicología, 5ª edición, Madrid, Masson, 1998.

GARCÍA ANDRADE, J. A., Raíces de la violencia: un estudio sobre el mundo del delito, Madrid, 1982.

LÓPEZ PALAFOX, J., Identificación de cadáveres calcinados y en grandes catástrofes: aplicación de métodos odontológicos actuales, importancia de los marcadores genéticos en el tejido dental, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

— Investigación de víctimas en desastres, Madrid, Bellisco, 2002.

MENÉNDEZ LUCAS, J. A., Cuestiones Médico-forenses de interés en la práctica clínica, Madrid, Master Line, 1999.

PIGA, A., Quemaduras debidas a explosiones, en: el mismo, Medicina legal de urgencia. (La autopsia judicial), Madrid, Mercurio.

PIGA Y PASCUAL, A., Medicina Legal de Urgencia: la autopsia judicial, Madrid, Mercurio, 1928.

TONELLI, J., La muerte dice la verdad, Mar de la Plata (Buenos Aires), Martín, 2002.

VILLANUEVA CAÑADAS, E./LACHICA LÓPEZ, E./HERNÁNDEZ JEREZ, A, Mecanismos de muerte en las lesiones, en: Gisbert Calabuig, J.A. Medicina Legal y Toxicología. 5ª ed., Madrid, Masson, 1998.

VILLALAÍN BLANCO, J. D., Estudio fisiopatológico y experimental del sestón en las muertes por sumersión, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1980.

— Simulación y disimulación del homicidio, en: Inspección ocular identificación y levantamiento del cadáver, nº 7, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1991.

— Guía práctica para el uso de documentos médico legales, Elche, Universidad Miguel Hernández, 2004.

— Lesiones por explosivos, en: Seminarios sobre delitos contra las personas. Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. 1990.

— Lesiones originadas por explosivos, en: Rodríguez Albarrán, M.S/Casas Sánchez, J.D., Manual de Medicina Legal y Forense, Madrid, Colex, 2000.

— Identificación autopsia policía y forense, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

— Medicina Legal, Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales, Universidad de Valencia, 2005.

VILLALAÍN BLANCO, J.D., Identificación autopsia policial y forense, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

— Simulación y disimulación del homicidio, en: Inspección ocular identificación y levantamiento del cadáver, nº 7, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1991

— Guía práctica para el uso de documentos médico legales, Elche, Universidad Miguel Hernández, 2004.

— Medicina Legal, Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales, Universidad de Valencia, 2005.

<http://www.seguridadpublica.es/2012/06/levantamiento-de-cadaver-y-preservacion-de-evidencias/>

http://www.coet.es/Protocolos/Coet_Protoc_Lev_Cadaver.pdf

* * * * *

Policía científica y técnicas de investigación criminal: dactiloscopia

~Tatiana de Francisco López~

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Socia de la FICP

Resumen.- La localización de huellas del autor en el lugar del delito reviste una extraordinaria importancia, pues permite su identificación. La huella en realidad sólo prueba la presencia física de la persona a la que pertenece en el lugar de los hechos, pero no su participación en los mismos. Sin embargo constituye un gran indicio para la consecución de la investigación.

La primera investigación del delito en la fase de instrucción se define como la actividad que despliega un organismo jurisdiccional de instrucción para reunir todas las pruebas, indicios y demás vestigios resultantes de la comisión de una infracción criminal, para que, en lo posible, puedan llevarse en su día, al acto de juicio oral y ser presentados como medio de prueba que incrimine al autor, cómplice o encubridor de la misma, ante el Tribunal o jurado que haya de proceder a su enjuiciamiento y sentencia¹.

En tales pesquisas aparece el término criminalística, creado por el Juez Austríaco Hanns GROSS a finales del siglo XIX, definido como aquella disciplina encaminada a la determinación de la existencia de un hecho criminal, a la recogida de pruebas e indicios u a la identificación de los autores, mediante la aplicación de métodos científicos de laboratorio, así como la elaboración de los informes periciales correspondientes. Es decir, la realización de las inspecciones oculares técnicas en el lugar de los hechos y el tratamiento de las pruebas e indicios recogidos, cuyos análisis y resultados se plasmarán en los correspondientes informes técnicos y periciales, realizados por los distintos profesionales que intervienen en tal proceso, como la policía científica, que se encarga de la recogida y análisis de huellas en sus distintas dimensiones, concretamente en relación al presente trabajo².

I. LOFOSCOPIA

Proviene de dos vocablos griegos *Lofos*, que significa cresta, relieve, saliente, promontorio y de *Skopia*, observar. Etimológicamente la lofoscopia es la observación de crestas papilares.

Así, la lofoscopia o dermatoglifa, es la ciencia que forma parte de la policía científica y que tiene por objeto el estudio de los dibujos lineales que se presentan en

¹ GARCÍA GARCÍA, J., Revista de Ciencia Policial, abril-junio, 1994, p. 8.

² NIETO ALONSO, J., Apuntes, 2007, p. 17.

forma de finos relieves y depresiones epidérmicas, y que se conocen como lofogramas o dibujos papilares. Se encuentran en las yemas de los dedos, en la cara palmar de las manos y en la cara plantar de los pies³.

1. Historia de la lofoscopia

La lofoscopia fue uno de los primeros campos de investigación criminalística, algunos autores creen que ya hay indicios en Mesopotamia⁴.

Quintiliano cuenta que en el año 33 AC, un ciego acusado de asesinato de su padre, probó que era inocente por las huellas aparecidas en el lugar del crimen. Otros en la China del S. VII donde en los tratos comerciales se identificaba a las partes de un contrato por sus impresiones digitales.

Un médico, Marcelo MALPIGHI (S XVII) es considerado como el primer estudioso de los dibujos digitales (era profesor de histología y anatomía en la Universidad), estudia los relieves de los dedos y las palmas de la mano.

Juan Evangelista PURKINJE (S. XIX, checo) es el primer europeo que implanta un método científico de los dibujos digitales aunque no desde el punto de vista de la identificación sino con una finalidad genética.

William James HERSCHEL (S. XIX, fue gobernador en la India) y aplica por primera vez las impresiones digitales para identificar a las personas de manera oficial para evitar suplantación de los trabajadores y se les obligaba a poner en los documentos su huella digital, llega a la conclusión de que las huellas son todas distintas e igualmente que las líneas de las yemas de los dedos no cambian (observó sus huellas tomadas 20 años antes con las del momento de la observación y vio que eran las mismas).

Henry FAULDS concluye que por medio de las huellas dactilares puede identificar al autor de un hecho delictivo, es considerado padre de la dactiloscopia criminal. Más adelante Galton (médico inglés XIX), estudió el sistema antropométrico de BERTILLÓN, el de HERSCHEL y el de PURKINJE; y llegó a la conclusión de que la dactiloscopia es más compleja que el sistema antropométrico; fue el primero en hacer un ordenamiento de los dibujos digitales, hizo una clasificación de 38 tipos que después redujo a tres. Demostró la persistencia de los relieves digitales durante toda la vida, su gran variedad y que además estos dibujos pueden clasificarse por orden alfabético, para ello concibe la ficha

³ NIETO ALONSO, J., Apuntes, 2007, pp. 44 ss.

⁴ DE ANTÓN Y BARBERÁ, F./DE LUIS Y TURÉGANO, J.V., Policía Científica, 2003, p. 83.

decadactilar, que es la base de los grandes archivos de las reseñas dactiloscópicas. Él emplea una lente para sub-formular los dactilogramas y esta lente, en la base de su estático lleva una raya para contar las crestas, que en su honor se sigue llamando línea galtoniana.

Edward HENRY (XIX) fue a la India y organizó la policía allí, consiguió clasificar un método dactilar práctico que llamó '*sistema bengalés*' o '*Sistema Galton-Henry*' que implantó en la India, después en Inglaterra y en sus colonias, en Irlanda, Dinamarca, Suecia, Canadá y en algunos estados de USA.

Fuera del mundo anglosajón, un croata emigrado a Argentina, Juan VUCETICH (XIX) Es el pionero de la dactiloscopia en el mundo hispano. Policía al que se encarga un estudio para implantar el servicio de investigación antropométrica, que puso en marcha en 1891. Tuvo noticias de los estudios de GALTON sobre las crestas papilares y su valor identificador, vio también que el sistema antropométrico era ineficaz y que en las identificaciones papilares estaba la solución para identificar a los delincuentes.

VUCETICH a finales de 1891 inicia la identificación en todos los presos de La Plata, y continua estudiando los dibujos dactilares y en 1892 ya había sentado los principios de su sistema de identificación, Argentina se convirtió en el primer país en el que las impresiones digitales se utilizaron como sistema de identificación de delincuentes de modo oficial. Redactó la fórmula decadactilar, desde el pulgar derecho al auricular izquierdo, simbolizando los tipos con letras para los pulgares y con números para los demás dedos.

En 1901 se crea en España el Servicio Central de Identificación lo puso en marcha un médico antropólogo D. Federico OLORIZ AGUILERA que fue quien seleccionó, adaptó y rectificó los sistemas de GALTON-HENRY, y VUCETICH con mucho acierto, optando por el Sistema de VUCETICH para la formulación decadactilar y por el Sistema GALTON-HENRY para la sub-fórmula.

Discípulos importantes de OLORIZ fueron Victoriano MORA RUIZ (organizó la implantación de gabinetes de identificación); Florentino SANTAMARÍA BELTRÁN; Juan José PIEDROLA GIL. Manuel VELA ARANBARI, PEÑA TORREA...

Existen en nuestros días tres sistemas dactiloscópicos preferentes: el sistema Argentino de VUCETICH, el inglés-americano derivado del Sistema GALTON-HENRY, y el sistema español de OLORIZ, basado en los dos anteriores.

2. Clasificación

La lofoscopia se clasifica, según la región del cuerpo que se estudie, en tres partes: Dactiloscopia, Quiroscopia y Pelmatoscopia⁵.

- Dactiloscopia. También deriva del griego (dáctilos= dedos y Skopia=observar) tiene por objeto el estudio de los dibujos papilares de los dedos de las manos. Estos dibujos reciben el nombre de *dactilogramas*. Estos dibujos van acompañados de todos los dibujos de los dedos de las manos. Se prefiere los dedos por su fiabilidad y finalidad.
- Quiroscopia. Deriva del griego (quiros = mano y Skopia=observar) tiene por objeto el estudio de los dibujos de las palmas de las manos. Esos dibujos se llaman *Quirogramas*.
- Pelmatoscopia. Deriva también del griego (pelma=planta del pie y skopia=observar) tiene por objeto el estudio de los dibujos de las plantas de los pies. Esos dibujos se llaman *Pelmatogramas*.

Desde el punto de vista de la policía científica es la Dactiloscopia de la que se va a hacer más uso, por ser más fácil y porque son las huellas que con mayor frecuencia encontramos en los objetos que manejamos.

3. Crestas papilares

Las crestas papilares son los relieves epidérmicos, que formando muchos dibujos aparecen visibles en las yemas de los dedos, la cara palmar de las manos y en la cara plantar de los pies.

Relieves éstos que están separados entre si por unos surcos muy finos, podríamos comparar esto con una tierra labrada, donde el lomo de la tierra arada sería la cresta papilar mientras que el surco de la tierra sería el surco papilar, El lomo de las crestas es redondeado y está invadido por una multitud de orificios microscópicos (poros) por donde se excreta el sudor.

Características de las crestas

1.- Son comunes a todos los seres humanos independientemente de su raza, sexo o edad,

⁵ DE ANTÓN Y BARBERÁ, F./DE LUIS Y TURÉGANO, J.V., Policía Científica, 2003, pp. 189 y 253.

2.- Son perennes, permanecen a lo largo de toda la vida aparecen alrededor del 6º mes de la vida intrauterina, no desaparecen hasta que tiene lugar la descomposición del cadáver. Si el cadáver es embalsamado duran bastante tiempo como ocurrió con la momia de Tutankamón.

3.- Son inmutables, no cambian salvo accidentes. El dibujo no se modifica fisiológicamente. Si sufre modificaciones accidentales que no afecten a la dermis (parte más profunda) se regeneran.

4.- Son diversiformes. Son distintas en todas las personas, en millones de dibujos que se estudiaron, todavía no encontraron dos iguales.

5.- Son clasificables. Permiten su clasificación y formulación.

4. Lofogramas

Son los dibujos papilares que están formados por la alternancia de crestas y surcos en la epidermis de los dedos de la cara palmar de las manos y de la cara plantar de los pies. La suma de cresta y surco es igual al Lofograma

Existen 3 tipos de lofogramas:

1.- Lofograma natural: el que todos tenemos y podemos observar en nosotros mismos y lo llevamos desde que nacemos en manos y pies.

2.- Lofograma artificial: Es el que se obtiene de forma voluntaria utilizando tinta y papel. Sea por impresión o escaneada. Es el que se obtiene para identificar a un delincuente o DNI

3.- Lofograma latente: Es el que se deja de forma involuntaria al manipular los objetos.

Es importante distinguir que la impresión dactilar son el dactilograma artificial y el dactilograma voluntario y que la huella dactilar es el dactilograma latente.

5. Aplicación de la lofoscopia

Tiene su aplicación en tres cometidos de policía científica⁶:

1.- Reseña de detenidos disponer de un archivo de delincuentes, que nos permita identificarlos

⁶ ROLDÁN BARBERO, H., Introducción, 2009, pp. 137 ss.

2.- En la inspección ocular con revelado de huellas en el escenario del delito, este revelado nos permite disponer de la presencia de un individuo en el lugar, se consulta el archivo y se coteja, llegando a identificar al dueño de la huella

3.- En identificación de cadáveres, o necroreseña, nos facilita la identificación de individuos en cualquier circunstancia (grandes catástrofes, actos terroristas) se acudiría al archivo de reseñas o archivo de DNI, donde constan las impresiones dactilares de las dos manos.

II. DACTILOSCOPIA

La dactiloscopia (dactilo-skopia) es la parte de la lofoscopia (*la dactiloscopia forma parte de la lofoscopia, y no al revés*) que tiene por objeto el estudio de los dibujos que forman las crestas papilares de las yemas de los dedos de las manos llamados Dactilograma, el dactilograma es la suma de las crestas y los surcos.

La clasificación de los dactilogramas es la misma que la de los lofogramas:

- Natural: es el que vemos a simple vista en nuestros dedos
- Artificial: Es el dibujo que queda con la tinta impresa en el papel (esto es una impresión dactilar)
- Latente: es el que queda involuntariamente en una superficie por contacto de los dedos (*esto es una huella digital*).

Representación de las crestas papilares en los dactilogramas:

1.- *En forma de arcos*

Los arcos son las crestas papilares transversales en forma de arco más o menos perfecto con convexidad superior

2.- *Forma de asas*

Las asas son las crestas dobladas que presentan cabeza semicircular y dos líneas paralelas u oblicuas entre sí. Tienen forma de *horquilla*. Son crestas dobladas casi paralelamente a sí mismas en la mitad del dibujo papilar.

Si la cresta es central el núcleo recibe el nombre de horquilla, pues las ramas se prolongan hasta el límite lateral. Si las ramas convergen o fusionan en una sola, entonces reciben el nombre de *presilla*

3.- Forma de curva

Son las crestas de la zona nuclear (zona central) que pueden poseer aspectos de *círculos, elipses, espirales, ganchos* o combinación de las anteriores.

1. Características de los dactilogramas:

Las características de los dactilogramas son las siguientes:

a) *Generales:*

Son comunes a casi todos los dactilogramas y se conocen con el nombre de sistemas de crestas papilares. Es el conjunto de crestas agrupadas por su paralelismo entre sí y por su situación en el dactilograma. Hay tres clases de sistemas: *Basilar, marginal y nuclear*.

- **Basilar:** Es el conjunto de crestas más o menos paralelas al pliegue de flexión de la tercera falange y que forman la base del dactilograma. Corresponden a la parte inferior a la yema del dedo y está integrado por una serie de crestas transversales que parten del pliegue de flexión de la tercera falange y va ascendiendo hasta un determinado límite describiendo ligeras curvas o arcos. Ese límite que es una cresta se llama la 'Limitante basilar'. (Abarca desde el pliegue de flexión hasta la limitante basilar)
- **Marginal:** Es el conjunto de crestas que forman el margen o el contorno del dactilograma. La cresta más interna o inferior se llama 'Limitante marginal'.
- **Nuclear:** (núcleo es el centro del dibujo del dactilograma) Es el conjunto de crestas situado en el centro de la región central del dactilograma, situado entre el basilar y el marginal. La cresta más externa del sistema nuclear se llama 'limitante nuclear'.

Estas limitantes pueden ser por convergencia (ó confluencia) o por aproximación.

b) *Específicas:*

Son las utilizadas por los técnicos para la identificación.

1) *Delta*

Es una figura triangular o en forma de trípode, que esta generada por la confluencia de los tres sistemas de crestas papilares: basilar, marginal y nuclear.

Clasificación de los dactilogramas en base a los deltas.

Tiene dos sub-clasificaciones:

- En base al número de deltas: *Adeltos*, no tienen núcleo, por tanto carecen de delta por ausencia del sistema nuclear; *Monodeltos*, son los que presentan un solo delta; *Bideltos* son los que presentan dos deltas, también pueden presentar 3 deltas (tridelto) o más deltas.
- En base a la posición de los deltas (*pero solamente referidos a los dactilogramas monodeltos*): *Dextrodeltos*, es el monodelto cuando el delta está situado a la derecha del núcleo desde la posición del observador; *Sinistrodeltos* cuando el delta está situado a la izquierda del núcleo.

Clasificación de deltas según su morfología (forma)

Pueden ser:

- *Hundidos, o también llamados en blanco.*- son aquellos deltas en que las crestas limitantes de los tres sistemas de crestas (basilar, marginal y nuclear), se aproximan entre sí, no están fusionados, están aproximados, tienen una forma triangular, formando un surco. Estos pueden ser a su vez: Abiertos, los tres ángulos están abiertos (Abierto total, Delta abierto superior, Delta abierto interno, Delta abierto externo); Cerrados, los tres ángulos están cerrados (Cerrado total, Delta cerrado superior, Delta cerrado interno, Delta cerrado externo),
- *En trípode, también llamados en negro, o salientes* Estos deltas surgen o nacen como consecuencia de la fusión de las tres crestas limitantes, basilar, marginal y nuclear, tiene forma de trípode, y pueden ser Cortos, (Corto total, Corto superior, Corto interno, Corto externo) y Largos (Largos totales, Largo superior, Largo interno, Largo externo).

2) *Pseudodelta o falso delta.*

Es una figura déltica que aparece en aquellos dactilogramas que tienen un falso núcleo, un pseudonúcleo también conocido núcleo rudimentario, o sea que no reúne las características para ser núcleo y que genera una figura déltica que es un falso delta.

3) *Núcleo*

Es el conjunto de crestas agrupadas con su paralelismo y que están situadas en el

sistema nuclear. Como el conjunto del dibujo papilar comprendido entre el sistema marginal y basilar del dactilograma.

Atendiendo a los núcleos los dactilogramas se pueden clasificar:

- *Anucleados*: sin núcleo.
- *Mononucleados*: presentan 1 solo núcleo:
 - *Ansiformes*: núcleo que está integrado por asas u horquillas encajadas unas en otras con sus distintas variantes, (presilla, interrogaciones...) y que generan dactilogramas monodeltos;
 - *Verticilares*: es decir, que presentan crestas curvas que pueden ser de formas: espirales, círculos, elipse..
- *Binucleados*: quiere decir que presentan 2 núcleos, a su vez también pueden ser:
 - *Biansiformes*.- Se originan por la combinación de 2 núcleos ansiformes, uno de los cuales es de asas volteadas y se superponen al núcleo normal y son siempre bideltos (que generan dos deltas); y
 - *Binucleados mixtos*: son aquellos que están constituidos por la asociación de 1 núcleo verticilar y otro ansiforme, también son siempre bideltos; y por último
- *Polinucleados*: tienen más de 2 núcleos y son siempre bideltos.

4) *Centro nuclear*

Constituido por las crestas ó crestas más internas del núcleo. Los centros de los núcleos dactilográficos pueden presentar formas muy variadas.

- *Cresta o centro Recto*.- Compuesto por una cresta comprendida entre dos ramas de un asa y termina abrupta cuando se aproxima a la concavidad formada en la parte más interna de la cabeza del asa.
- *Centro Recto Fundido*.-se funde con la cabeza del asa. Existen sub-variedades: Centro Recto en fragmento, Centro Recto en fragmento Fundido, y Centro recto con ojal, fundido ó bifurcado, centro recto bifurcado, convergente, tetra-recto, horquilla simple, presilla, bi-recto.

5) *Punto central:*

Es el punto donde se considera situado el centro del núcleo. En dactiloscopia solo se considera el punto central para el estudio de los núcleos ansiformes. Se localiza o se halla al extremo libre superior de la cresta abrupta. En la 2 cresta se unen con cabeza imaginaria. Tri-rectos, tetra-rectos, penta-rectos...; también horquillas enlazadas.

c) *Individuales:*

Son los que determinan las particularidades de cada individuo, se conocen con el nombre de puntos característicos.

III. EL SISTEMA DACTILOSCÓPICO ESPAÑOL

En el sistema dactiloscópico español se presentan 4 grupos fundamentales de dactilogramas: *ADELLOS*.- Carecen de núcleo ó rudimentario y por lo tanto carecen de Delta. *DEXTRODELLOS*.- Presentan núcleo ansiforme inclinado a la derecha y por lo tanto 1 solo delta que queda a la derecha del núcleo. *SINISTRODELLOS*.- Presentan un núcleo ansiforme inclinado a la izquierda desde la posición del observador y por lo tanto 1 solo delta que queda a la izquierda del núcleo. *BIDELLOS*.- Presentan núcleo verticilar ó más de 1 núcleo (Biansiformes, Binucleados mixto...) presentan 2 ó más deltas.

1. **La fórmula dactiloscópica**

Es la serie ordenada de números y letras que se utilizan para representar los tipos de los dactilogramas, es el verdadero nombre antropológico de una persona. Tiene por objeto facilitar el ordenamiento de las reseñas dactiloscópicas⁷.

2. **Tipo**

Monodactilar: 1 solo dedo; *Pentadactilar*: referida a los 5 dedos de una mano. Representa una mano; *Decadactilar*: referida a los diez dedos en ambas manos; La *decadactilar* es la fórmula por excelencia; es como una serie ordenada de letras y números, que representan los tipos de los dactilos de los diez dedos de las manos de una persona. Se redacta en forma de quebrados.

3. **Fórmula/Sub-fórmula:**

Se comienza a formular por el dedo pulgar Mano Derecha, hasta el Auricular. Los

⁷ DE ANTÓN Y BARBERÁ, F./DE LUIS Y TURÉGANO, J.V., Policía Científica, 2003, pp. 327 ss.

separamos poniendo un guion entre cada mano y luego seguimos con la izquierda. Los dedos Pulgares derecho e izquierdo se representan con letras, mientras que el resto con número.

Derecha	Izquierda
S 3 4 1 2	D 2 3 1 2

p (Piniforme), a (Arciforme), d (Dextrodeltos), s (Sinistrodeltos),

Tipos:	Pulgar	Resto Dedos
A: Adeltos	A	1
D: Dextrodeltos	D	2
S: Sinistrodeltos	S	3
V: verticilar	V	4

Bideltos

Si tiene un dedo amputado 0

Si es **ilegible** X

Existen dactilogramas cuyo dibujo no esté bien definido, en estos casos se conoce como tipo ambigüedades o de tipo TRANSICIÓN.

Sub-fórmula dactilar: Es una sub-clasificación que se realiza en cada uno de los tipos de dactilograma con el fin de fraccionar todos los dedos. Fracciona el número de tarjetas que puedan existir con la misma fórmula, al tener características especiales (número, edad, lugar, nacimiento, etc.) Es una fórmula matemática, que cuenta las crestas existentes entre el punto central y el punto déltico.

Se define “conjunto de símbolos, letras minúsculas, número constante que representan la sub-clasificación de los tipos de dactilogramas de que consta la fórmula. Se lee con una lente de GALTON; usando la línea Galtoniana. Los caracteres representativos de la Sub-fórmula se escriben en el denominador.

Existen 3 variedades:

1 Morfológica. Se usa para sub-clasificar los Adeltos atendiendo a la morfología de sus crestas

2 Matemática: Se usa solo para sub-clasificar los dactilogramas Monodeltos

atendiendo al número de crestas.

3 Topográfica: Se usa para sub-clasificar los dactilogramas Bideltos atendiendo a la situación relativa de los deltas.

IV. LA IDENTIFICACIÓN LOFOSCÓPICA

La formulación y la sub-formulación de los dactilogramas a la hora de la identificación solo permiten descartar los que no coinciden en fórmula y Sub-fórmula.

Muchas veces solo disponemos los dactilogramas de 1 ó 2 dedos, incluso fragmentos de las huellas reveladas.

Tras la práctica de una inspección ocular, es frecuente hallar 1 ó 2 huellas ocultas o presentes, se revelan (latente invisible) y se identifican lofoscópicamente.

La Reseña de los detenidos consta de tres partes

1. Reseña Biográfica

Consiste en anotar unos datos en las tarjetas biográficas (negra para varones y roja para mujeres) Contiene en el anverso los datos de filiación del detenido y otros morfológicos, talla, D.N.I, observaciones (respecto a color de ojos, cicatrices, tatuajes, cojera), impresiones del pulgar e índice derechos, Fórmula y Subfórmula, lugar y fecha de la reseña y la firma del detenido. En el reverso los motivos de la reseña, (antecedentes). Se archiva en el archivo biográfico por apellidos y nombre.

2. Reseña Dactilar

La reseña se realiza siempre que el detenido no tenga otra. Consiste en obtener las 10 impresiones digitales en unas tarjetas que se llaman decadactilares, del mismo color que las tarjetas biográficas, se formulan y se archivan

3. Reseña Fotográfica

Se obtiene un negativo compuesto por cuatro fotogramas.

- Primer fotograma es una tarjetilla en la que constan lugar y fecha en que se obtiene, número de orden color de iris, talla, fecha de nacimiento e impresión dactilar del dedo índice derecho.
- Segundo fotograma presenta el detenido de perfil derecho con la oreja al descubierto.

- Tercer fotograma es una fotográfica en posición de frente para observación directa.
- Cuarto fotograma presenta el perfil izquierdo con todos esos aderezos que pueda llevar (gafas, etc.).

Reseña fotográfica donde se tomará las 3 posiciones establecidas (perfil derecho, frente, semi perfil izquierdo). Si posee delitos de sangre, por atracos, estupefacientes, contra la honestidad, se tomará otra de pie, también los tatuajes.

La reseña policial. El S.A.I.D. (sistema automático de identificación dactilográfica) es un ordenador que ve dactilogramas, cataloga datos e imágenes, y compara dactilogramas, dispone de dos bancos de datos, un banco de tarjetas decadaclitares y un banco de huellas latentes conocido también como huellas anónimas.

V. BIBLIOGRAFÍA

DE ANTÓN Y BARBERÁ, F./DE LUIS Y TURÉGANO, J.V., *Policía Científica, II*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

BUENO ARÚS, F./KURY, H./et al. (dirs.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, Dykinson, 2006.

GARCÍA GARCÍA, J., *La fase de instrucción en diligencias de carácter criminal*, *Revista de Ciencia Policial*, abril-junio, 1994, p. 8.

GISBERT CALABUIG, J.A./VILLANUEVA CAÑADAS, E., *Medicina Legal y Toxicología*, 6ª ed., Masson, 2004.

NIETO ALONSO, J., *Apuntes de Criminología*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

ROLDÁN BARBERO, H., *Introducción a la investigación criminológica*, 2ª ed., Comares 2009.

* * * * *

La circulación o entrega vigilada

~Victoria Gallego Martínez~

Juez Sustituta adscrita a la Audiencia Provincial de Tarragona. Socia FICP.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta frecuente en la práctica delictiva, tanto por grupos organizados como por particulares, la remisión de droga u otras sustancias prohibidas utilizando la vía postal o el transporte como medio idóneo para burlar los distintos controles, dada la protección que el ordenamiento jurídico atribuye al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) en general y a la intimidad en particular (art. 18.1 CE).

Con la finalidad de evitar dicho proceder la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula, por un lado, en los arts. 579 y siguientes la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, su apertura y examen como diligencia instructora y, por otro, en el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la técnica de investigación llamada "entrega vigilada", que permite el seguimiento de aquellas remesas de sustancias ilícitas hasta su destino final, con el objetivo de identificar a los autores de dicha conducta, obteniendo información sobre la procedencia de la sustancia, sus posibles autores, la ruta seguida y finalmente el destinatario de la misma.

El art. 263bis LECrim fue introducido por la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1992 como consecuencia de la grave preocupación que en todas las naciones provoca el incremento del tráfico ilegal de drogas en general y que puso de manifiesto la Convención de Naciones Unidas celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, también en la línea manifestada por el art. 73 del Convenio Schengen.

Posteriormente fue objeto de nueva redacción por la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves de la criminalidad organizada ampliándolo a los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada con proyección internacional y su vinculación al tráfico ilegal de drogas incorporando al ordenamiento jurídico medidas legales respetando el fin del proceso penal y los límites establecidos en la Constitución pues según refiere expresamente la Exposición de Motivos:

... por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales.

Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático.

Regula como técnica de investigación la llamada "entrega vigilada" que según el apartado 2 del precepto consistirá en:

permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia

Y tiene como finalidad “descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”.

II. OBJETO DE ENGREGA-VIGILANCIA CONTROLADA Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El precepto se refiere en el apartado 2 a "remesas ilícitas o sospechosas" de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, otras sustancias prohibidas, de los bienes procedentes del tráfico ilícito de drogas o de cualquier delito grave (arts. 301 a 304 CP), de precursores -elementos para el cultivo y producción de sustancias prohibidas, en especial de drogas sintéticas- (art. 371 CP); de especies protegidas de fauna y flora (arts. 332 a 334 CP), moneda falsa (art. 386 CP), depósitos de armas y municiones (art. 566), aparatos explosivos, incendiarios, inflamables o asfixiantes (arts. 568 y 569 CP). Asimismo en el apartado 4, de "envíos postales sospechosos de contener estupefacientes".

A la vista de dicha regulación, la técnica de investigación podrá utilizarse en todos aquéllos supuestos en que aquéllas sustancias circulen por territorio nacional, entren o salgan de él, a través de Correos o por medio de empresas de transporte. En ningún momento alude a la comunicación postal -amparada por el derecho al secreto de las comunicaciones- y ello resulta comprensible desde el momento en que los arts. 579 y ss LECrim se ocupan de la detención, apertura y examen de la correspondencia privada (condicionando su apertura a la existencia de auto judicial motivado acordando la detención y registro; a la inmediata remisión de la correspondencia al juez instructor;

procediéndose a su apertura ante el Juez y en presencia del interesado o de la persona que designe, salvo que no hiciere uso de este derecho o estuviera en rebeldía)

Precisamente por ello el apartado 4 establece que

la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiere en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el art. 584 de la presente Ley.

El art. 584 LECrim exige que la apertura y registro de la correspondencia postal ser efectúa previa citación del interesado, exigencia que resulta totalmente incomprensible en la técnica de investigación de la entrega vigilada destinada precisamente a "descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines".

Por tanto, en la entrega vigilada, la interceptación y apertura de los envíos postales no exige las garantías previstas en los arts. 579 y ss. LECrim, precisamente por no hallarse bajo la protección del derecho al secreto de las comunicaciones.

Y es que el precepto estudiado, el art. 263 bis LECrim en ningún momento resulta de aplicación a los paquetes postales que pueden ser considerados como recipientes de correspondencia y por ello resultan amparados por los derechos fundamentales del secreto de las comunicaciones postales (art. 18.3 CE) y derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) sino que será de aplicación respecto del transporte de mercancías, que como tiene dicho el TS no es comunicación postal (STS 404/2004) refiriéndose por tanto a aquéllos paquetes o bultos que no se hallan amparados por el secreto de las comunicaciones y por el contrario, están sujetos a control aduanero.

Dicha posición resulta avalada tanto por el TC como por el TS.

Así el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 281/2006, de 9 de octubre, distinguió entre envío postal y correspondencia postal, limitando a ésta la protección constitucional, afirmando que

la noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales". En este sentido, se dice "la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia". En esta sentencia se excluyó la protección constitucional al secreto de las comunicaciones postales a "aquéllos objetos -continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 diciembre, F.J. 3)" y aquéllos otros que, "pudiendo contener

correspondencia, sin embargo la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo.

Por su parte el TS ya en Sentencia de 23 de mayo de 1996 señala, en su Fundamento Jurídico Cuarto:

De acuerdo con la doctrina establecida en las sentencias de 20 de marzo de 1996, 13 de marzo de 1995 y 8 de julio de 1994, tal artículo no es aplicable a los paquetes postales, pues en estos siempre figura quién es el destinatario, aunque sea falso, por lo que basta con vigilar el curso postal del envío, con las debidas precauciones para llegar al mimo. El precepto habla de la necesidad de identificar a las "personas involucradas". Mas esa entrega vigilada no es lógicamente necesaria en el caso de los paquetes postales si siempre hay un destinatario más o menos identificado. Si quería pues abrirse el paquete deberían haberse tenido en cuenta las normas que regulan la materia, especialmente los arts. 584 y siguientes de la Ley adjetiva.

Esta doctrina está conforme con el criterio adoptado por unanimidad en la reunión del Pleno de la Sala Segunda de 17 de enero de 1996. Y, la STS de 10 de febrero de 2011 insiste en que

esta Sala, en la STS nº 185/2007, de 20 de febrero, además de hacerse eco de las precisiones contenidas en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, señaló que ya con anterioridad había establecido la distinción entre paquete y correspondencia, limitando a esta última la protección constitucional.

Para determinar qué paquetes no se hallan amparados por aquéllos derechos, acudiendo a la jurisprudencia del TS y al TC resulta que, la técnica de investigación de que hablamos podrá ser aplicada a:

- aquéllos objetos o continentes que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías, sin que la introducción de mensajes en ellos modifique su régimen de protección (STC 281/06, de 9 de octubre y STS 232/2007)
- aquéllos objetos que pudiendo contener correspondencia, sin embargo la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos (pues la utilización del servicio implica la aceptación de las condiciones del mismo)
- aquéllos objetos que pudiendo servir de instrumento o soporte de la comunicación postal (sobres, paquetes, cartas, cintas, etc..) en las circunstancias del caso no constituyen instrumento de comunicación, o el proceso de comunicación no ha sido iniciado
- los paquetes expedidos bajo "etiqueta verde" (art. 117 Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera), que se caracteriza por

contener una expresa declaración del remitente acerca del contenido del paquete, lo que excluye la posibilidad de que contengan mensajes o escritos privados y el envío bajo este régimen, contiene una explícita autorización a los responsables de Correos para que procedan a la apertura del paquete en orden a verificar la veracidad del contenido (SSTS 18 junio 1997, 26 enero 1999, 24 mayo 1999, 26 de junio 2000)

- aquéllos paquetes que por su tamaño o peso, características y signos externos evidencien la ausencia de mensajes personales no correspondiendo a la configuración de paquete / correspondencia
- aquéllos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido lo que implica que el remitente acepta la posibilidad de que sea abierto para el control de lo que efectivamente contiene (STS 609/2004, 15 nov. 1994, 18 jun, 1997, 7 ene. 1999)
- el envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales -maletas, maletines, neceseres, bolsos de viaje, baúles etc.- por las compañías que realizan el servicio postal pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término (STS 232/2007 de 20 de marzo).

III. REQUISITOS: NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN

La circulación o entrega vigilada así como la sustitución de las sustancias por otras, se trata de medidas excepcionales puesto que conforme al precepto la finalidad de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a aquéllas sustancias condicionan su adopción exigiéndose "tener en cuenta su necesidad en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia", debiendo hacerse "caso por caso y, en el plano internacional, adecuándose a lo dispuesto en los tratados internacionales".

La adopción de la medida implica el previo conocimiento del contenido ilícito de la sustancia transportada siendo su finalidad descubrir a las personas involucradas obteniendo cuantos datos relacionados con las mismas sea posible, permitiendo la circulación de la sustancia mediante un sistema de vigilancia en lugar de proceder de manera inmediata a su aprehensión retrasando de esta forma la intervención de las

autoridades para proceder de forma inmediata a la comprobación y averiguación del hecho denunciado y a la detención de sus autores.

Precisamente por dicho motivo y por los riesgos de pérdida o extravío de la sustancia y consiguiente introducción en el mercado que implica el permitir la circulación de la sustancia, es por lo que la medida deberá ser autorizada mediante resolución fundada, atendiendo al principio de proporcionalidad.

1. Personas autorizantes

La autorización según el precepto podrá proceder del Juez de Instrucción competente, del Ministerio Fiscal, así como de los Jefes de las Unidades Orgánicas de la policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores.

- El Juez de Instrucción competente para conceder la autorización para la sustitución de la droga por sustancia inocua lo será, conforme a la doctrina jurisprudencial, el del partido judicial donde se realiza a la apertura del paquete y se constata la existencia de la droga para proceder al cambio de la sustancia pues con dicha apertura se descubren las pruebas materiales del delito a que se refiere el art. 15.1 LECrim mientras que para la concesión de la autorización para la circulación o entrega controlada podrá serlo además del de destino, el del lugar donde se detecta el paquete con el contenido sospechoso, al amparo del art. 15.4 LECrim por haber tenido noticia del delito, quien procederá con posterioridad a la inhibición de la causa al del destino de la misma.

Así el ATS de 3 de abril de 2014, Ponente Alberto G. Jorge Barreiro establece que:

Nos encontramos con una entrega controlada, en donde conforme a la doctrina de esta sala, el juez competente el del destino de la droga. Así en nuestro Auto de 24.10.13 decíamos "...es doctrina consolidada y mayoritaria de esta Sala, que la competencia corresponde al juzgado del lugar de destino de la droga y ello a partir del auto de 20.11.2009. Y es que, desde el punto de vista funcional, las diligencias de instrucción solo pueden ser efectivas una vez que, llegado a su destino el envío, se adquiere pleno conocimiento de su contenido y por ello de las pruebas materiales del delito, resultando, en su caso, identificado el destinatario del mismo (art. 15 LECrim). De ello deriva la improcedencia de considerar sin más como aprehensión relevante la del paquete en el lugar donde meramente es interceptado sobre la base de la existencia de sospechas acerca de lo que pudiera contener. A esto ha de sumarse que la facilidad en el desarrollo de la instrucción, criterio también funcional, aconseja anudar la misma al lugar donde tiene su residencia, aún meramente ocasional, el imputado destinatario de la mercancía.

- El Ministerio Fiscal en el ámbito propio de su investigación al amparo del art. 5 de su Estatuto Orgánico.

- Los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores quienes deberán "dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado y si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente". Esta posibilidad ha sido criticada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así la STS de 23 de mayo de 1996 en su Fundamento Jurídico Cuarto, establece que

El precepto es harto discutible a la vista de las reglas configuradoras del derecho a la presunción de inocencia. Por permitir hasta llega a considerar válida la apertura realizada por autorización, no del Juez o del Fiscal, sino del Jefe de una Unidad Orgánica de la Policía Judicial...

No obstante, y como se ha puesto de relieve, la autorización será válida y eficaz dado que en atención al objeto de circulación, los envíos postales no gozan de la protección del secreto de las comunicaciones y su intervención puede obedecer a razones de urgencia.

2. Forma de la resolución

En todo caso la autorización se adoptará por resolución fundada lo que exige valorar la necesidad de la técnica de investigación, los fines perseguidos, la importancia del delito y las posibilidades de éxito de la vigilancia y en su caso de extravío de la sustancia para autorizar la sustitución de la remitida por otra inocua.

La resolución autorizante se acordará de forma individualizada; "caso por caso" refiere el precepto, determinando explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y la cantidad de la sustancia de que se trate, lo que parece presuponer la necesidad de la efectiva apertura previa en todos los supuestos de entrega vigilada.

* * * * *

Delitos contra la ordenación del territorio, tras la Ley 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal

~Dra. Ana María Gil Antón~

Miembro del Grupo de Investigación de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).
Socia FICP.

I. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL DELITO URBANÍSTICO Y CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

La fundamentación constitucional de la protección del medio ambiente se encuentra en los artículos 45 a 47 del CE, en los que se garantizan respectivamente, el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, y la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

No obstante, su ubicación en el Capítulo III referido a “De los principios rectores de la política social y económica, del Título I “ De los derechos y deberes fundamentales” conlleva una protección específica, que sin embargo no deja abierta la vía prevista en el artículo 53.3. CE para los derechos fundamentales, esto es el recurso de amparo y, su protección sólo podrá instarse en vía ordinaria de acuerdo con lo que se prevea en las leyes que desarrollen lo establecido, constituyendo una obligación de los poderes públicos su defensa, existiendo reserva de ley para la protección por vía penal. . Con respecto al concepto de medio ambiente, hemos de señalar que el artículo 45 del Texto Constitucional, sin decir expresamente, qué se ha de entender por medio ambiente, sin embargo, sí lo reconoce en cuanto principio constitucional informador del ordenamiento Jurídico y social. Además, se trata de un precepto CE que, ha de ser integrado con todo el conjunto de normas que regulan los múltiples tipos de recursos naturales en el territorio nacional.¹ Lo relativo a la materia medio ambiental se implementa a través de múltiples leyes como la Ley 34/2007 de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmosfera; la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información y participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad ambiental; Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; Ley 16/2002,

¹ DELGADO GIL, A, Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, UDIMA, 2014, pp. 2 ss.

de 1 de julio, de prevención y control integrados en la contaminación, así como otras muchas disposiciones normativas y reglamentarias. Por otra parte, existen sanciones penales (en su caso, administrativas) así como la obligación de reparar el daño causado, cuando se vulnera el medio ambiente.

Con respecto a la ordenación del territorio, la CE en su artículo 47 reconoce y garantiza el derecho a todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada e impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones adecuadas, y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. En este último inciso encuentra su sustento constitucional la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio, que como veremos se regulan en los artículos 319 y 320 del CP.

A su vez el urbanismo por su propia esencia, que consiste en la ordenación del suelo, guarda una relación muy estrecha con lo que se ha denominado el medio ambiente, siendo la segunda Ley del Suelo, constituida por el Texto Refundido del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, lo que da lugar a su nacimiento, a lo que hay que añadir lo que ha venido manteniendo la Sala Segunda del TS, en sentencia de 16 de junio 1995 “en cuanto a la construcción piramidal del planeamiento urbanístico, todos los planes de ordenación debían contener medidas para la protección del medio ambiente (art. 7 y 12.1.d)”, y sigue manteniendo que

... el ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta intemporal u utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí.

En definitiva, su protección se fundamenta en sí mismo, en su propia existencia, así como en la idea de ser un instrumento al servicio del hombre.

Por otro lado, tampoco cabe a priori desdeñar la idea de que la materia relativa a la “ordenación del territorio” en general se muestre en cierta medida fronteriza a la medioambiental, opinión ésta sustentada por determinados especialistas en ciencias extra-jurídicas, para los que no tiene demasiado sentido plantear de forma aislada e independiente sus respectivas problemáticas.

Lo que sí se hace necesario es conocer en qué casos puntuales es el ordenamiento penal el instrumento de control social más eficaz y adecuado para llevar a cabo una efectiva labor de protección de tales intereses jurídicos difusos, que por otra parte, es lo

que se pretenden tutelar mediante la mayoría de las infracciones que integran el Capítulo I del Título XVI CP, al igual que sucede a través de la tipificación de otras figura penales, pese a encontrarse legalmente ubicadas *extra muros* del mismo, correspondiendo dicha protección a los poderes públicos, y al Estado la competencia en materia de la protección penal.

La Ley 5/2010 incidió de manera especial en la anterior regulación de estas infracciones ubicando en el Capítulo I, Título XVI CP, y bajo un mismo rótulo, la normativa correspondiente a los delitos contra *la ordenación del territorio y el urbanismo*, y reservando en cambio su Capítulo III para tutelar *los recursos naturales y el medio ambiente*, constituyendo el bien jurídico protegido en los distintos tipos penales que integran ese primer grupo de infracciones, la obligación de respetar y cumplir la normativa vigente, que prohíbe la comisión de determinadas conductas transgresoras de esos elementos, sea ésta de naturaleza legal o meramente reglamentaria. En la citada modificación legislativa, se añadieron junto a la construcción y edificación en suelos de especial protección las obras de urbanización. También se añadieron de forma expresa y obligatoria el comiso de las ganancias provenientes del delito, en el artículo 319 CP. Se incorporó la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos contra la ordenación del territorio, en consonancia con lo establecido en el artículo 31 bis del CP. Además se ampliaron las conductas típicas realizadas por autoridad o funcionario público, del artículo 320 CP, sancionándose en primer lugar, los informes favorables de instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, o reparcelación contrarios a las normas en de ordenación del territorio o urbanísticas vigentes, así como su aprobación o votación a favor en función de que sea la autoridad o funcionario por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado.

También se sancionaron la omisión de inspecciones debidas o el hecho de silenciar la infracción de normas urbanísticas, de que se tenga conocimiento.

Por último, en ambos preceptos se introdujo, junto a la multa conforme al sistema de días multa, la multa proporcional, que se impondría de forma subsidiaria cuando la cuantía a pagar conforme al sistema de días –multa resultara inferior al beneficio obtenido por el delito.

II. LOS DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN SENTIDO ESTRICTO

La intervención penal en una materia emitentemente administrativa como es la ordenación del territorio se produce a partir del Código Penal vigente y se explica por la insatisfactoria o insuficiente respuesta que aporta el Derecho administrativo sancionador ante determinado tipo de infracciones contra la ordenación del territorio. La respuesta del derecho penal a tenor del principio de intervención mínima, se limita a los ataques más graves contra la ordenación del territorio, esto es los cometidos por determinados tipos de sujetos-promotores, constructores y técnicos-directores, al realizar las obras de urbanización, de construcción y de edificación en suelos de especial protección. La concreta redacción del artículo 319 CP se corresponde con una ley penal en blanco, con numerosas remisiones a la normativa urbanística vigente.

El bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio no es tanto la normativa urbanística como el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales, pues la filosofía que emana de las normas constitucionales es la de castigar las conductas objetivamente más graves, que originen consecuencias trascendentes para la ordenación del territorio². El art. 319 CP 1995 castigaba conductas objetivamente graves y dolosas que atacasen un bien jurídico comunitario —la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general—; por ello el análisis del tipo debía realizarse desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando el principio de mínima intervención cuando no se apreciase afectación del bien jurídico tutelado, ya que los tipos penales no pueden servir como mero reforzamiento de la autoridad administrativa³.

Se protege la ordenación racional del territorio, bien protegido constitucionalmente, al establecerse que la utilización del suelo ha de regularse atendiendo al interés general, como ha quedado indicado, para impedir la especulación.

² CARMONA SALGADO, C., *La Ley Penal*, 2007-38, pp. 1 ss.

³ En el caso —edificación de una vivienda en suelo no urbanizable y ubicado en un espacio de especial mejora medioambiental—, la Sala se adhirió a esta “tesis material”, en cuanto no se protege la mera infracción formal de la normativa urbanística sino la infracción que efectivamente ataque a una ordenación racional del territorio. La edificación de la vivienda objeto del procedimiento, no ha modificado o alterado sustantivamente la configuración de la zona, ya que con anterioridad y a través de la parcelación y edificación de otras viviendas, se había producido el impacto medioambiental que la normativa urbanística trataba de evitar (Cfr. AP Córdoba, Secc. 3ª, SS 16 Dic. 2002 y 4 Feb. 2003).

III. PREVALENCIA DE LA PROTECCIÓN PENAL SOBRE LA ADMINISTRATIVA

En algunas sentencias, entre ellas las de TS 2.ª S 17 Oct. 2006— rec: 193/2006 absolutoria de instancia, en el caso a que nos referimos, se pone de manifiesto cómo se concedió una inadecuada preeminencia a la resolución de la jurisdicción contenciosa utilizándola como un obstáculo, casi insalvable, para la aplicación de las normas penales, lo que no responde a los criterios que establecen la absoluta e indiscutible preeminencia de la jurisdicción penal. Es más, la decisión del TSJ dice que la resolución del Servicio Provincial de Costas “no es conforme a derecho” y deja para ejecución de sentencia “la determinación de la parte de la obra que no puede ser objeto de restauración”. Así pues, del contenido de la propia resolución se desprende claramente que el acusado tenía conciencia de que su comportamiento era contrario a la normativa y por ello penalmente punible. Ahora bien, dicha Sala era consciente de que existen verdaderos desafueros urbanísticos con un impacto infinitamente superior al contemplado —un voladizo de 1,82 m²—; sin embargo, la afectación e intangibilidad del dominio público marítimo-terrestre es un bien constitucional que debe ser protegido sin distinciones, en función de su mayor o menor agresividad. En este sentido, se indicaba:

Es cierto que el condenado actuó en un marco de cierta singularidad, pero ello no es suficiente para justificar la invasión del dominio público por razones meramente cuantitativas. Se desvirtuaría la importancia de la reserva y custodia especial que el derecho administrativo y, afortunadamente el derecho penal, deben realizar sobre dicho espacio.

Dicho lo anterior, hemos de indicar que el delito urbanístico se regula en los artículos 319 y 320 del CP se tipifican cinco figuras delictivas diferentes, que podemos diferenciar entre un tipo agravado y uno básico, en los apartados 1 y 2, respectivamente del artículo 319; así como los de prevaricación del artículo 320 CP.

TIPOS PENALES

El artículo 319 CP determina determinadas conductas objeto de reprochabilidad, en particular las de llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, así como cuando llevar a cabo lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no

urbanizable. Por su parte, en los apartados 3⁴ - modificado por la Ley 1/2015- y 4 del mismo precepto se articulan medidas de demolición y reposición, así como la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en este tipo de delitos urbanísticos.

1. El tipo básico del art. 319.2 CP

El delito de urbanización, construcción y edificación no autorizable en suelo no urbanizable, contemplado en este apartado supone también un delito especial y de resultado con el que el legislador pretende garantizar la indemnidad edificatoria de los suelos no urbanizables.

La conducta integrante del tipo básico del artículo 319.2 CP consiste en “llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable”⁵. Así pues, a diferencia de lo establecido en el tipo agravado del art. 319.1, y cuyos elementos esenciales se corresponden con los que configuran la presente infracción, cabe afirmar que la única diferencia apreciable entre ambas figuras delictivas radica en la exigencia legal del carácter del suelo, que en el tipo básico ha de ser *no urbanizable*. Dicho concepto, desaparecido como tal de la legislación estatal, se mantiene en cambio en la regulación de algunas Comunidades Autónomas como equivalente a *suelo rural*, según se desprende de la regulación contenida en el art. 12.2.a) de la LS, o, lo que es lo mismo, no susceptible de ser transformado mediante actividades de urbanización, que conlleven, dada su protección agrícola, ganadera o forestal, riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, así como aquellos otros que prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística. A tales efectos se requiere una especial declaración administrativa, ya que desde un punto de vista penal sería insuficiente la apreciación judicial de tales valores.

El término “no autorizable” de la construcción, deberá interpretarse restrictivamente. En este sentido, la reciente SAP de las Islas Baleares de 15 de diciembre de 2012 (Sección 1.ª), que con anterioridad ya se había manifestado al respecto en Sentencia de 17 de septiembre de 2010, entiende que la nueva redacción conferida por la reforma de 2010, tanto a este tipo básico como al agravado del apartado

⁴ “En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”. (modificado por la Ley 1/2015, de 31 marzo, de reforma del CP).

⁵ CARMONA SALGADO, C., La Ley Penal, 2011-103, p. 2 ss.

1 del art. 319, al suprimir la expresión “no autorizada”, que era más amplia e independiente de una eventual posterior “autorización” o de ser “autorizable”, sustituyéndola por la de “no autorizable”, resulta más beneficiosa para el reo, pues, a diferencia de la anterior, en la que la inexistencia de autorización suponía la tipicidad del hecho, la redacción actual permite excluir del tipo penal el supuesto de “construcción autorizable”. Por su parte, otras Sentencias, también pronunciadas por diversas Audiencias Provinciales sobre el particular, habían ya concretado el contenido del término *no autorizable*, como hiciera la SAP de Sevilla de 4 de noviembre de 2008, al expresarse en los siguientes términos:

Este elemento del tipo debe referirse a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, no bastando con que la edificación se haya realizado sin licencia, ni que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que se requiere, además, que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y, por tanto, no sea posible su autorización ...

En parecida línea interpretativa, la SAP de Salamanca de 12 de marzo de 2012 considera que dicho elemento típico debe integrarse por:

Todo aquello que ni está autorizado ni es susceptible de autorización ni de legalización, aunque se pida licencia. Se aplicará el tipo del art. 319 CP sólo a aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas que ni siquiera quepa la posibilidad de una posterior subsanación, legalización, ni autorización o convalidación, aunque se pida licencia, o dicha "legalización" sería remota, futura o incierta....

Parece pues obvio que, si tanto el Derecho Penal como el Administrativo son materias que se rigen por el principio *tempus regit actum* el momento de comisión de los hechos delictivos, en relación a la normativa urbanística vigente en materia de licencias de edificación, ha de ser el único que se pueda tomar en consideración a efectos de reprimirlos en aplicación del art. 319.2 CP, ya que de lo contrario, se podría incurrir en el absurdo de que los hechos que a fecha de hoy debieran sancionarse penalmente, mañana devinieran impunes, debido a una actuación extraordinaria del planificador legalizándose así por vía de excepción, lo que nunca debió construirse en estricto cumplimiento del ordenamiento urbanístico.

En otro orden de cosas, la determinación de los términos legales *obras de urbanización, construcción o edificación*, puesto que constituyen elementos normativos del tipo, es decir, conceptos jurídicos indeterminados, así como su interpretación y concreción, corresponde al libre criterio valorativo del juez penal, que deberá no obstante atender a la legislación administrativa encargada de su regulación, ya que no en balde nos encontramos ante una norma penal en blanco; y habida cuenta que los tres términos se repiten en la descripción legal del tipo agravado del art. 319.1 CP, cabe

desde ahora adelantar que todas las apreciaciones formuladas con respecto a esta figura básica, pueden hacerse extensivas a la figura cualificada, si bien puede de antemano advertirse que, puesto que ambas infracciones hacen referencia a obras *no autorizables*, aunque en zonas o lugares de distinta índole, no es de extrañar que en la práctica se originen indeseables *solapamientos* legales entre esta segunda figura y la infracción genérica que ahora nos ocupa, pues, en ocasiones, es realmente difícil establecer la diferencia existente entre realizar obras en suelos *de reconocido valor*, dignas, según el legislador, de especial protección y sanción más grave (art. 319.1 CP , o hacerlo en suelos *no urbanizables*, considerando que esta segunda conducta está legalmente conminada con menos pena que la anterior (art. 319.2 CP).

En consecuencia, una interpretación meramente funcional de ambos apartados del art. 319 CP lleva a calificar como *suelo urbanizable* todo el que se encuentre excluido del área de esa especial protección, bien por no tener reconocidos desde un punto de vista legal valores paisajísticos, ecológicos, artísticos, históricos o culturales, bien por no estar destinado a la explotación ganadera, agrícola o cinegética. De otra parte, la coexistencia en este ámbito concreto de sanciones administrativas y penales obliga igualmente a tener presente la referida prohibición constitucional de vulneración del *non bis in idem*, de tal modo que quedará suspendido el procedimiento sancionador en tanto no se pronuncie el órgano jurisdiccional penal competente, tal y como ya reconoció en su día la STC de 30 de enero de 1981, de la misma manera que la imposición de una sanción de esta índole excluye la aplicación concomitante de otra de carácter administrativo, quedando de esta forma vinculados a la jurisdicción administrativa los hechos declarados probados en el proceso penal, según declarara en su momento otra STC, de fecha 3 de octubre de 1983.

El objeto material⁶ de esta figura genérica, al igual que el de la modalidad agravada, coincide con los términos *obras de urbanización, construcción o edificación*, entendido el término construcción, con “todo acto que implique una positiva transformación material del suelo o del espacio”, siempre que posea una cierta entidad y vocación de permanencia, tal y como sostuvo la STS 182/2006, de 29 de noviembre, según la cual quedarían, entre otros, amparados por el tipo en cuestión las viviendas, los establos, el asfalto de un camino, la realización de obras de urbanización, un pozo, un puente, o una piscina, siempre que tuvieran un cierto alcance cuantitativo, de la misma

⁶ LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y Faltas*, 2012, pp. 523 ss.

manera que podría resultar punible —siquiera en grado de tentativa— un movimiento de tierras en conexión con una ulterior construcción. Las obras de *edificación* pueden entenderse como de nueva planta, normalmente destinadas a la vivienda de personas, aunque no impliquen morada permanente en ella, si bien a efectos penales hay que excluir de este concepto las meras excavaciones, movimientos de tierra y actos similares, dada su escasa gravedad .

En cuanto al sujeto activo, tanto el apartado 1 como el 2 del art. 319 CP aluden respectivamente a *los promotores, constructores o técnicos directores*. Tales conceptos no se encuentran definidos en la legislación estatal, proporcionando cada normativa autonómica una definición diferente, lo que plantea posibles vulneraciones del principio de igualdad, si bien el juez goza de plena capacidad a la hora de valorarlos, con independencia de lo establecido en la legislación autonómica.

Así pues, y en lo que a dicha relación se refiere, la STS de 26 de junio de 2001 (FJ 4.º b) califica como *promotor* a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación, para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros, bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna; como *constructor* a quien ejecuta los trabajos previstos por el técnico, bajo su control; y como *director técnico* al encargado de redactar el proyecto, ya sea arquitecto, ingeniero, o arquitecto e ingeniero técnicos, para quienes la citada STS exige la necesaria titulación.

En este orden de ideas, y pese a que dicha resolución (FJ 3.º), en cuya misma línea interpretativa se inserta otra posterior, también del TS, la 690/2003, de 14 de mayo, entiende que el art. 319.2 CP recoge un *delito común*, que puede cometer cualquier particular, sin necesidad de cualificación alguna, otra opinión diferente considera en cambio que nos encontramos en presencia de un *delito especial propio*, que tan sólo pueden ejecutar las personas que textualmente enumera el citado precepto, al menos ello es lo que parece derivarse de la previsión legal de la pena de inhabilitación especial aplicable a tales sujetos, así como de la propia dicción del CP, al utilizar el término “técnico”. Una interpretación intermedia entre ambas sería la de calificarlo como delito común en lo referido a constructores y promotores, quienes pueden ser particulares, no necesariamente titulados, en tanto que como delito especial propio en lo concerniente al

director técnico, ya que éste sí tiene que hallarse en posesión de la correspondiente titulación universitaria.

Desde un punto de vista subjetivo, es evidente que sólo es posible la comisión dolosa de esta figura delictiva, no contemplando el CP su punición imprudente; opción legal congruente, dada la particular naturaleza del injusto, puesto que las conductas de esta índole, es decir, aquellas en las que no esté el dolo presente pasarían en todo caso a resolverse en vía administrativa. En consecuencia, la eventual concurrencia de un error vencible de tipo (art. 14.1 CP) no del todo improbable, habida cuenta los diversos elementos normativos recogidos en el tipo, aunque tampoco admisible *a priori* en términos genéricos, determinará la impunidad del supuesto en cuestión. Pero la propia realidad social hace que resulte más difícil todavía apreciar la presencia del error de prohibición en estos delitos, pese a que haya sido excepcionalmente admitida en aquellos casos en los que el profesional pueda demostrar que actuó en la creencia errónea de la licitud de su obra; opinión ésta a la que se ha opuesto en cambio un sector de la jurisprudencia del TS.

La triple sanción acumulativa que establece el art. 319.2 se traduce en los siguientes términos: prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, «salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio», e inhabilitación especial para la profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. El tipo cualificado del artículo 319.1 CP

En esta figura estamos ante un delito de urbanización, construcción y edificación no autorizable en suelos o lugares reservados o protegidos (viales, zonas verdes, bienes de dominio público y lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural).

El tipo cualificado del art. 319.1 CP, se trata de un delito especial y de resultado, pues solo pueden responder de la conducta típica, a título de autor ejecutivo, las personas designadas. En consecuencia prohíbe a sus concretos destinatarios, a saber, las mismas personas referidas en el precepto antes comentado (promotores, constructores o técnicos directores) realizar idénticas conductas a las mencionadas *supra*; prohibición consistente en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación *no autorizables*, si bien, y esta es la diferencia sustancial que media entre ambas figuras

delictivas, tales obras han de ubicarse en una serie de lugares *suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público, o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural*, añadiéndose al final del precepto una cláusula analógica, excesivamente genérica y ambigua por su confusa redacción, que alude a *otros lugares* que, *por los mismos motivos* mencionados, hayan sido *considerados de especial protección*.

Así pues, dada la identidad de requisitos objetivos concurrentes en ambos tipos penales, cabe reproducir en este lugar todas las observaciones realizadas al analizar la conducta, el objeto material y los sujetos activos en el marco de la figura genérica del art. 319.2 CP. Con mayor motivo aún, y al igual que sucede con el tipo básico, esta figura agravada solo admite, por razones obvias, la comisión dolosa, quedando de esta forma excluida de su ámbito punitivo la modalidad imprudente de comisión.

No obstante, no basta la constatación de estas realidades para que se pueda aplicar el tipo delictivo, sino que será necesario acreditar que las obras ilícitas son, desde la perspectiva administrativa de aplicación, no autorizables. La utilización de esta expresión permite delimitar el ilícito penal del administrativo: no se trata de contrastar la existencia o no de licencia, sino de contraste con una perspectiva global de antijuricidad.

La determinación del momento consumativo de ambos tipos penales requiere que transcurra un determinado período de tiempo desde que se realizó la conducta, pues es materialmente imposible que estas dos figuras delictivas se perpetren de manera fugaz o instantánea, puesto que a efectos penales es necesario valorar la entidad y estabilidad de lo construido; y, “la ejecución de obras” con determinados fines, dicha alusión se traduce en la idea de ampliar el período consumativo a costa de reducir el ámbito de la tentativa en tanto esa expresión legal es conceptualmente más amplia.

Tanto para el tipo básico como para el cualificado juegan las reglas generales del *concurso ideal* de delitos con la correspondiente infracción de *falsedades* en aquellos casos en que el agente haya obtenido la preceptiva autorización o licencia falseando o presentando documentos falsos. Esta misma solución concursal puede aplicarse, aunque en relación ahora al delito de *desobediencia*, si habiendo sido requerido el sujeto activo para paralizar la obra, no obedeciera las órdenes o resoluciones adoptadas por la autoridad competente en relación a la inviabilidad legal del proyecto o a la paralización de las actividades correspondientes. En estos supuestos, según la STS 1182/2006, de 29

de noviembre (FJ 11.º), existe un concurso aparente de normas entre el art. 319 y el 325 CP (delito medioambiental), que debe resolverse por alternatividad a favor del segundo precepto, al establecer una pena más grave que el primero de ellos.

Si aceptamos la premisa de encontrarnos en presencia de delitos de resultado, son en principio aplicables a ambos tipos penales las reglas generales sobre autoría y participación, aunque en la práctica resulta problemático el caso concreto de la intervención sucesiva, cuando, por ejemplo, un constructor inicia una obra *no autorizable* en suelo que goza de especial protección administrativa y, con posterioridad, un nuevo empresario de la construcción se incorpora a ella llevándola a término conjuntamente. Parece que si las dos conductas reúnen la suficiente entidad penal habría que calificar a sendos sujetos como coautores del mismo delito

El art. 319.2 CP en su condición de tipo agravado, incrementa la duración de las tres clases de penas que para el tipo básico prevé alternativamente su apartado 1; a saber, se impondrán la de prisión de un año y seis meses a cuatro años, junto a la de multa de doce a veinticuatro meses, «salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio», más la de inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

Con respecto al *iter criminis*, al ser infracciones de resultado, cabe distinguir la tentativa inacabada, la acabada y la consumación.

3. El artículo 319.3 CP: sobre la disposición común relativa a la demolición

El actual art. 319.3 CP, modificado como veremos por la Ley 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del CP, con entrada en vigor el 1 de julio, recoge una *disposición común* a los tipos básico y cualificado del delito que nos ocupa. Se trata de una norma cuya naturaleza, civil o penal, ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy cuestionada, facultando al juez penal, siempre que motive la adopción de esta medida en la sentencia, para que ordene la *demolición de la obra a cargo del autor del hecho*, siempre que de forma previa haya sido ésta ilegalmente declarada, y sin perjuicio de determinar las indemnizaciones correspondientes a terceros de buena fe que pueden lógicamente verse afectados como consecuencia de su adopción. A primera vista, parece que los tribunales no tienen que adoptar esta medida con carácter *preceptivo*. Al menos,

así lo ha entendido una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia pronunciadas al respecto, en particular con anterioridad a la reforma de 2010.

Sin embargo, del estricto tenor literal del precepto, que contiene una norma tan aflictiva como meramente potestativa, no cabe deducir una afirmación genérica en uno u otro sentido, pues ello daría lugar en la práctica a la adopción de decisiones judiciales desiguales y, por lo tanto, injustas. Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que la obra no haya sido legalizada o tampoco pueda serlo; en tales supuestos parece más razonable entender que tanto la demolición como la reposición de la realidad física alterada deben ser obligatoriamente acordadas por el juez. De todas formas, si éste no hace uso de dicha facultad legal, cabe siempre la posibilidad de que sea la propia Administración quien pueda ordenarla. Ahora bien, esta última posibilidad se da al traste a causa de la lentitud de actuación y resolución del control judicial en vía contencioso administrativa. A efectos penales, algunas de las primeras sentencias que acordaron la demolición de unas obras aportando para ello argumentos bastantes sólidos fueron las dictadas por las AAPP de Almería (Sección 3.ª) 182/2010, De 28 de mayo, y de Baleares (Sección 1.ª) 228/20010, De 17 de septiembre.

Puede, pues, decirse que, desde una perspectiva jurisprudencial, tanto la concepción sustentada sobre la naturaleza civil o penal de la medida de demolición como sobre su carácter obligatorio o meramente potestativo, existe una tendencia a favor de rechazar su entidad de medida de resarcimiento civil para calificarla como una auténtica sanción punitiva, es decir, como una genuina consecuencia jurídica del delito, prevista e incluida en el marco de la finalidad preventiva de una norma de esta categoría como parte integrante de la necesidad de restaurar el daño causado al bien jurídico protegido, así como al objeto material del delito, que no es otro que la obra ilegal, siendo asimismo la jurisdicción penal quien tenga o no que acordarla, según la gravedad de la infracción cometida para evitar de esta forma que dicho acuerdo se difiera a un procedimiento administrativo posterior que acarrearía sin duda problemas.

No obstante, la propia jurisprudencia fundamentada en la necesidad de dotar de un mayor grado de eficacia a los tipos penales que castigan estos delitos y que requieren la restauración del daño causado al bien jurídico protegido, -ya que el apartado 3 del art. 319 al prever la posibilidad de condenar al autor a reponer a su estado originario la realidad física alterada-, y que también explica la evolutiva tendencia jurisprudencial a calificar la orden de demolición como una auténtica sanción de índole penal. El último

inciso del art. 319.3, *comiso* de las ganancias provenientes del delito, con independencia de las transformaciones que hubieren podido experimentar y se trata de una consecuencia accesoria, legalmente recogida en términos genéricos en los arts. 127 y 128 CP siendo pues, su naturaleza claramente punitiva.

Dicho apartado, ha sido modificado por la Ley 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del CP, en el sentido que en cualquier caso, los jueces o tribunales motivadamente, podrán ordenar a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren pedido experimentar.

Como se puede constatar de la redacción, la demolición de la obra y la reposición al estado originario, a partir del 1 de julio, requerirá la valoración de las circunstancias concurrentes por parte de los jueces o tribunales antes de proceder a ordenar la demolición de la obra, así como que sea oída la Administración competente. Se determina así igualmente que se puedan condicionar temporalmente la demolición siempre que se constituyan las garantías que fueran necesarias para asegurar que puedan satisfacer los gastos que conlleven tanto la eventual demolición, como su reposición.

4. Algunas referencias jurisprudenciales.

A continuación se incluyen algunas sentencias relevantes en relación con el delito urbanístico en relación con la posible existencia esta primera del error de prohibición, y por tanto de ausencia de dolo en relación con la actuación ilícita realizada. En consecuencia, refiere que⁷:

La conducta enjuiciada, en el caso —construcción de un voladizo de 1,82 m²—, es claramente típica y dolosa, y ello con independencia del escaso volumen que afecta a la zona de dominio público marítimo-terrestre. Esta Sala no puede compartir el fallo absolutorio de la instancia, que se basa en la declaración de que el acusado actuó con un error de prohibición y en el contenido de la sentencia del TSJ que, en vía contenciosa, declaró no conforme a derecho la resolución del Servicio de Costas. La Audiencia justifica la eliminación del dolo por un error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, ahora bien, existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Y un profano que ha vivido durante años en las lindes de una zona de dominio público especialmente sensible, tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria

⁷ DÍAZ MANZANERA, J.L.; La Ley Penal, 2008-50, pp. 3 ss.

a la norma. Sabe perfectamente que necesita dos preceptivas licencias y, sin embargo, no solicita la autorización de Costas aunque sí requiere al Ayuntamiento licencia de obras para la reparación general de la vivienda, y no la obtiene precisamente por carecer de la autorización previamente omitida. En definitiva, realiza la obra a sabiendas de su ilicitud y aprovechando la inactividad de la Administración. TS 2.ª S 17 Oct. 2006— rec: 193/2006.

En esta segunda Sentencia, no sólo se refiere a la paralización de la obra ya iniciada, por no existir correspondencia entre la solicitud de licencia y los planos y la ubicación real, sino que lo más relevante es la cuestión de la aplicación o no del tipo cualificado en función de si se trata o no de un espacio protegido, y así se refiere a que:

En el caso, la Administración competente ordenó la paralización de la obra iniciada por el acusado por no situarse en el lugar indicado en el plano presentado con la solicitud de licencia y encontrarse, en realidad, en terrenos incluidos dentro de un espacio natural protegido, habiendo sido condenado por un delito del art. 338 CP 1995. En efecto, este precepto se inserta en las disposiciones comunes aplicables a los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, estableciendo una agravación específica cuando dichas conductas afecten a algún espacio natural protegido. Sin embargo, el tipo cualificado contra la ordenación del territorio que se ha aplicado en el caso, art. 319.1 de la norma, no incluye per se dicha calificación agravatoria, como sí sucede en el tipo descrito en el art. 330 del citado Código, sino que se limita a castigar a los que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección; luego, la agravación implica algo cualitativamente distinto, es decir, que el espacio natural esté reconocido y haya sido ya calificado administrativamente como tal, y siendo ello así debe operar la agravante específica, pues el delito base no comporta dicha cualidad fáctica. TS 2.ª S 26 Jun. 2001— rec: 4416/1999.

Resultan por su parte interesantes las sentencias siguientes, en las que se expresan diversos aspectos relevantes, como qué se ha de entender como una construcción así como sin autorización, o actuaciones que puedan ser o no legalizables, cuestiones estas en las que el Tribunal determina que:

- La comisión de un delito sobre la ordenación del territorio —art. 319.1 CP 1995— supone una construcción no autorizada que se haya realizado en suelo considerado de especial protección. El **concepto «construcción»** se considera por unanimidad como la ejecución de toda obra que modifique la naturaleza de un terreno, es decir, que añade elementos físicos permanentes no sólo con obras de arquitectura o ingeniería sino también con toda clase de infraestructuras. La interpretación del término «sin autorización» suscita mayor dificultad, pues mientras un sector doctrinal mantiene que la falta de autorización en el momento de iniciar la construcción supone que la acción es típica —independientemente de que fuese o no autorizada ex post—, otro estima que el Derecho penal sólo debe sancionar los comportamientos infractores de la regulación administrativa de mayor entidad. Esta Sala se inclina por una interpretación amplia, es decir, que la sola construcción sin autorización administrativa podría considerarse formalmente típica al contravenir las normas relativas a la ordenación del territorio, pero no por ello reuniría el elemento de la antijuridicidad material, que sólo se colma con la constatación irrefutable de la efectiva conculcación del bien jurídico protegido —buen orden de planeamiento y utilización racional del suelo—. En definitiva, la obra en ejecución o ejecutada susceptible de posterior legalización no puede conceptuarse como delictiva. (AP Jaén Secc. 2.ª S 18 Ene. 2007. — rec: 127/2006).

- En el caso, entiende esta Sala que el juzgador a quo incurre en error en la valoración de la prueba practicada, pues de la misma no se puede concluir que la **construcción denunciada no sea legalizable**. La imposibilidad de legalización parece basarse en la inexistencia de actividad agraria en la finca en la que se construyó la vivienda, pero la existencia del cultivo negado se deriva con claridad meridiana de la documental aportada: escritura pública de compra de la finca descrita como tierra erial, pastos y olivos; informe pericial del SIG Oleícola Español en el que consta un número real de olivos; declaración de cultivo del olivar; justificante de los árboles entregados para repoblar, y otro informe pericial donde se afirma la existencia de dichos cultivos. Partiendo de los propios hechos probados de la sentencia de instancia no discutidos, en cuanto a que lo construido fue una vivienda unifamiliar aislada de dos plantas y una piscina, habrá que concluir que podría considerarse vinculada a una explotación agrícola y forestal. Es cierto que se ha construido sin la oportuna licencia conculcando la legislación urbanística, pero la duda racional al menos de la posible legalización de la vivienda, impide adoptar un pronunciamiento condenatorio —por aplicación del principio in dubio pro reo— puesto que no se alcanza la necesaria certeza jurídica sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal. En definitiva, se absuelve a los imputados. (AP Jaén Secc. 2.ª S 18 Ene. 2007. — rec: 127/2006).
- **El verbo «construir» tiene un significado más amplio** que el de “edificar”, pudiendo referirse aquél a toda modificación mediante obras de albañilería, entendidas éstas en un sentido amplio de la configuración del suelo que goza de la especial protección, a que alude el art. 319.1 CP 1995 (LA LEY. 3996/1995), no exigiéndose, por tanto, la aparición fruto de esa actividad de un cuerpo con un volumen determinado como pudiera ser una edificación, propio del art. 319.2 CP 1995. Pero si esto es así y lo que se castiga es esa modificación, lo recogido en la sentencia de autos como obra ejecutada tras la recepción de la orden de paralización —arreglos en la cubierta del edificio—, no puede afirmarse que esa modificación se haya producido, en cuanto afecte al suelo, que no estuviese producida con anterioridad por lo ya construido, con lo que lo hecho no atentaría contra el bien jurídico propio de esta figura, siendo atípica la conducta. Si no es así habría que decir, desde el punto de vista de ese bien jurídico, en qué ha variado el aspecto de la parcela antes y después de la orden de paralización, teniendo presente que sólo se da por acreditado que sólo se hizo la cubierta. Sin que ello no quiera decir que se trate de conductas que no merezcan reproche, pero no desde el derecho penal y por el delito del art. 319 CP 1995, estando aquél presidido por el principio de intervención mínima. Los perjuicios causados pueden ser subsanados, pues la administración competente tiene a su disposición medios para ello. (AP Córdoba Secc. 1.ª S 26 Mayo 2005. — rec: 152/2005).

En estas nuevas sentencias que a continuación señalamos, el Tribunal se refiere a la interpretación que ha de hacerse respecto del tipo básico del apartado 2 del artículo 319 y del apartado 1 del citado precepto, y cómo han de ser interpretados en relación con las actuaciones ejecutadas, indicando que

- Debe realizarse la interpretación finalista del delito regulado en el art. 319.2 CP 1995, que protege un bien jurídico que antes sólo se protegía a través de unas normas administrativas, como es la ordenación del territorio, tipificando acciones que perjudican gravemente la idónea regulación del suelo, con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza e incluso para la función social que cumple la propiedad. El acusado, en el caso, promovió y construyó una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable común, infringiendo las condiciones de ocupación de parcela mínima, conforme a la normativa vigente no susceptible de legalización, y esta conducta no mereció sanción penal, por entender el juzgador de instancia que su legalización podría ser posible en el futuro, si cambiaba la legislación. Pues bien, este argumento es inconsistente, ya que la concurrencia de los elementos del tipo han de referirse al momento de la construcción, pues efectivamente la justicia penal ha de partir de la calificación que surge de la aplicación de la

normativa vigente cuando se realizaron los hechos constitutivos del ilícito penal, y según manifestó el perito para poder llevar a cabo la legalización de la edificación construida era necesario la modificación del plan general de ordenación urbana. En consecuencia, los hechos deben subsumirse en el precepto citado, debiendo responder como autor del mismo, el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. (AP Jaén Secc. 1.ª S 14 Jun. 2002. — rec: 27/2002).

- El tipo descrito en el art. 319.1 CP 1995 se refiere a una «construcción no autorizada», expresión ésta más amplia que la de «edificación», recogida en el núm. 2 de dicho artículo, y que puede entenderse como todo acto que signifique una transformación material de los terrenos o del espacio, a diferencia de la empleada por el referido art. 319.2, que equivale a la realizada sin licencia o autorización, o excediéndose de la propiamente concedida (AP Jaén Secc. 1.ª S 4 Sep. 2000— rec: 67/2000).
- La expresión «construcción no autorizable en suelo no urbano» contenida en el art. 319.2 CP 1995, que sanciona su ejecución, debe entenderse en el sentido de que por no autorizable se considerará lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado, de tal suerte que debe reservarse el tipo en cuestión, dado además el carácter fragmentario del Derecho penal y el principio de intervención mínima que lo informa, para aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidad de las que ni siquiera quepa posibilidad de una posterior subsanación, autorización o convalidación, y en el caso de autos, si se atiende a la prueba pericial practicada en el acto del juicio por perito designado judicialmente, no puede afirmarse que la situación de ilegalidad administrativa en que se haya la construcción litigiosa no podrá ser objeto de subsanación posterior TS 2.ª S 13 Jul. 1998.

IV. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ART. 319.4 CP

El art. 319.4 contiene una regla genérica para todos los supuestos delictivos previstos en ese precepto, siempre que fueran cometidos por una persona jurídica, conminándola con la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Sobre la figura específica sobre prevaricación del art. 320 CP.

La Ley 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, que entrará en vigor el 1 de julio próximo, introduce, además de algunos aspectos en concreto en relación con la medida de demolición ya indicados, modificaciones relevantes que impactan sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, responsable, en ocasiones de la realización de este tipo de conductas delictivas, estableciéndose así, una serie de obligaciones sobre las empresas de vigilancia y control por parte de sus administradores de derecho y de hecho.

La innovación respecto de dicha responsabilidad, no deja de ser relativa, en opinión de ECHARRI⁸ pues el legislador ya había introducido en el art. 129 Código Penal de 1995 una regulación que algunos consideraban como una auténtica responsabilidad penal (accesoria) de las personas jurídicas respecto de hechos punibles de sus órganos, siendo así que otro sector doctrinal entendía esas medidas, como indubitadas sanciones penales, no sólo accesorias, que junto a la previsión de una responsabilidad solidaria para el pago de la multa impuesta a las personas físicas que cometían delitos en el ámbito de la representación o actuación de aquéllas, regulada en el art. 31.2 CP⁹, venían a conformar un conjunto punitivo frente a unos entes respecto de los cuales se seguía negando su capacidad criminal, pero se venía a admitir su capacidad de pena, soslayando así, por criterios obviamente utilitaristas, respecto de la esencia de la culpabilidad, que no es otra, sino la posibilidad de llevar a cabo conductas dolosas o imprudentes por parte de las personas jurídicas, cuya imputación constituye el núcleo esencial de la cuestión. Todo ello implica que cuando se cometa un delito en el ámbito urbanístico o de ordenación del territorio por los representantes legales, administradores o apoderados en nombre y beneficio de su empresa, o por un empleado en el ejercicio de las actividades sociales, igualmente en beneficio de la misma, si no se ha ejercido sobre éste el debido control, junto a la persona física, también se “*sentará en el banquillo*” la persona jurídica acusada como responsable penal.

A mayor abundamiento, la Ley 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, que regula la responsabilidad de las personas jurídicas, dispone un agravamiento de las penas con carácter general, con respecto a los distintos tipos delictivos, pero además a la persona jurídica se le pondrán imponer así mismo de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 66 bis CP, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP.

Por otro lado, y en lo que se refiere a la naturaleza de las personas jurídicas, se amplía con la Ley 1/2015, el tipo de las que pueden asumir dicha responsabilidad a las empresa de carácter público. En efecto, hemos de indicar que el Código Penal ha ido sufriendo otras importantes modificaciones a lo largo de estos años, ampliándose el elenco de entidades penalmente responsables. El 17 de enero de 2013 entró en vigor la LO 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del Código Penal en materia de

⁸ ECHARRI CASI, F.J., Diario La Ley, 7632, 18 Mayo 2011.

⁹ Modificado por la Ley 1/2015, de 30 de Marzo, de reforma del CP.

Transparencia, lucha contra el Fraude Fiscal y la Seguridad Social, entre cuyas principales novedades se destacaba la posibilidad de declarar penalmente responsables a las entidades públicas: a) cuando no ejercieren políticas públicas o servicios de interés económico general, y b) cuando eran creadas con el propósito de eludir la norma penal¹⁰.

La Ley incorpora y cambia determinados aspectos de la responsabilidad de la persona jurídica, de forma relevante, pues de una parte queda ampliado de nuevo el marco de extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, alcanzando incluso a aquellas sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general: se las podrá imponer penas de multa por cuotas proporcional o medidas de intervención judicial. En efecto, el artículo 31 *quinquies* determina, cuáles son las Administraciones y demás entes que quedan excluidos de dicha responsabilidad, y cuáles otros, como las sociedades públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, quedan incorporadas al sistema de responsabilidad penal, no obstante estar sujetas a la limitación de la pena fijada, limitación respecto de la pena que puede ser no obstante removida por el Juez o Tribunal, cuando el mismo apreciara la existencia de formas jurídicas creadas *al hoc* para la elusión de la eventual responsabilidad penal.

También resulta relevante indicar que en la citada reforma se ahonda, con carácter general sobre delimitación que requiere “el debido control”(a este respecto, se pormenoriza qué se ha de entender como tal, señalándose en particular, el impacto que tiene a estos efectos, el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso) y, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, junto con la exigencia del fin del beneficio tanto directo como indirecto a favor de la empresa, que se ha de dar además en el ámbito de las actividades de ámbito social que tuviera la entidad.

V. EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 320 CP

1. La autoridad o funcionario público que a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de las inspecciones de carácter

¹⁰ 4 El Proyecto de Reforma del Código Penal ya convertido en LO 1/2015, de 30 de marzo que entrará en vigor el 1 de julio.

obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

El art. 320 contiene una figura delictiva regulada igualmente, en el ámbito de los Delitos relativos al Patrimonio Histórico art. 322 CP y a la protección del Medio Ambiente art. 329 CP. Se trata de una forma especial de prevaricación cuya tipología, aplicada al ámbito urbanístico, ofrece una doble modalidad delictiva, que legalmente se concreta en dos figuras de contenido distinto, aunque sancionadas con la misma pena. La conducta de prevaricación específica, con la que se reprocha la conducta de autoridades o funcionarios que coadyuvan a la lesión del bien jurídico protegido, podemos decir que puede concretarse en tres infracciones:

El delito de emisión de informes favorables a instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística. Se trata de un delito especial y de mera actividad, pues para su consumación únicamente se exige la emisión de dichos informes favorables a los actos ilegales descritos en el tipo. Así, la primera de ellas consiste en que la autoridad o funcionario público “haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes», o que «con motivo de la inspección haya silenciado la infracción de dichas normas u omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio”. Así pues, la normativa vigente afecta tanto a aquella sobre ordenación del territorio, es decir, la que concierne a contenidos espaciales globales, como también a las que afecten al urbanismo en exclusiva, esto es, a un espacio propio de cualquier ciudad, lo que significa que dicho tipo ampara determinadas acciones que pudiendo vulnerar las normas de ordenación territorial no afecten en cambio a las urbanísticas stricto sensu.

Esta infracción constituye una modalidad específica de la figura genérica sobre prevaricación, castigada en el art. 404 CP, a cuya penalidad remite parcialmente y de cuya naturaleza y requisitos participa, ya que, al igual que ella, el art. 320 protege el correcto ejercicio del poder público en el ámbito territorial y urbanístico que en un

Estado de Derecho no puede ejercerse de forma arbitraria, y permite afirmar que el contenido del presente delito se materializa en la vulneración de una norma administrativa, concerniente a la materia urbanística, con independencia de que, además, se acompañe de otros menoscabos ulteriores, como pueden ser los que afecten a la racional distribución del espacio o a la calidad de vida de las personas.

Las modalidades de conducta que esta figura delictiva ofrece están técnicamente estructuradas de forma alternativa: de una parte, informar favorablemente la concesión de una licencia contraria a las normas urbanísticas, y, de otra, informar favorablemente un proyecto de edificación. Informar significa suscribir un dictamen en el que se formula un juicio sobre la viabilidad de un asunto en materia de urbanismo, bastando con que el informe en cuestión sea oral, y no necesariamente escrito. Puesto que la conducta típica consiste en “informar favorablemente”, a efectos penales resulta impune la emisión de un informe negativo o “desfavorable” cuando proceda en Derecho que sea positivo, si bien dicha emisión podría integrar una infracción administrativa o disciplinaria. Además, en la medida en que el art. 320.1 no lo hace de forma expresa, debe entenderse que el “informe favorable” al que alude puede recaer sobre cualquier tipo de licencia, siempre que dicho informe vulnere las normas urbanísticas o de ordenación territorial. Se requiere un acto positivo, normalmente de forma escrita, a través del que el sujeto activo se pronuncia.

La segunda conducta tipificada sería la de silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanística, descubierta mediante la realización de la inspección, o la de omitir la realización de inspecciones de tal contenido, y de carácter obligatorio. Es un delito especial y de mera omisión. En efecto, hay dos modalidades emisivas de comisión del tipo penal: a saber, silenciar con motivo de las inspecciones realizadas la infracción de normas urbanística o de ordenación del territorio, de una parte, y, de otra, omitir la inspección de carácter obligatorio. En consecuencia, y aunque no puede negarse que la cuestión sea de antemano bastante compleja de resolver, siempre que exista un deber legal específico del funcionario de actuar de manera positiva en alguno de esos dos sentidos, y dicho deber se omita, podría entenderse cometido el presente delito en comisión por omisión, dada su evidente posición de garante. Se trata del delito de resolución o voto a favor de la aprobación de esos instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o de concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística.

Así: La segunda conducta tipificada sería la de silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanística, descubierta mediante la realización de la inspección, o la de omitir la realización de inspecciones de tal contenido, y de carácter obligatorio. Es un delito especial y de mera omisión. En efecto, hay dos modalidades omisivas de comisión del tipo penal: a saber, silenciar con motivo de las inspecciones realizadas la infracción de normas urbanística o de ordenación del territorio, de una parte, y, de otra, omitir la inspección de carácter obligatorio.

El art. 320.2 regula una segunda forma especial de prevaricación funcional, sancionada con idéntica pena que la prevista por el art. 320.1 para el supuesto delictivo anterior. La conducta típica consiste en “resolver o votar a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento”, así como de cualquier otro de los proyectos o concesión de licencias, previstos en el apartado 1 del citado precepto, siempre que la autoridad o el funcionario actúen por sí mismos o como miembros de un organismo colegiado y a sabiendas de su injusticia. Así pues, puede entenderse que las hipótesis en las que el agente se abstenga, vote en contra o en blanco, serán impunes, a no ser que se trate de una abstención decisiva para lograr la mayoría necesaria, en cuyo caso cabría calificarlo como cooperador necesario.

De hecho, y en lo que a la prevaricación por omisión se refiere, la STS de 17 de julio de 2002 a partir de que el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 30 de junio de 1997 otorgara a los actos presuntos, realizados respecto de determinadas materias y bajo determinadas condiciones, el mismo alcance que si se tratara de una resolución expresa. Del mismo modo la Sección Primera de la AP de Palma, en Sentencia de 20 de julio de 2007 equiparó la realización de la conducta típica de manera positiva, es decir, dictando la resolución, como no respondiendo a peticiones que se le planteen legítimamente y respecto de las que debe existir una resolución, pues ésta también se produce por la negativa a responder; o, lo que es lo mismo, como delito de infracción de un deber, éste queda consumado con la doble modalidad de acción o comisión por omisión a través del “claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y por tanto, en arbitraria” .

En relación a los sujetos activos, está claro que nos encontramos en presencia de un delito especial que sólo puede cometerse por autoridad o funcionario público. A efectos penales, la determinación de ambos conceptos debe coincidir con la definición

que de ellos ofrece el art. 24 CP así como mantenida por la jurisprudencia del TS: “el que por sí solo o como miembro de alguna corporación tenga mando o ejerza jurisdicción propia. La pena prevista se les impondrá también, de forma conjunta, la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

Las modalidades de conducta descritas en el art. 320.1 CP solo admiten la comisión dolosa, ya que la autoridad o el funcionario deben haber actuado a sabiendas de su injusticia; expresión legal que parece requerir la concurrencia en ellos de un dolo intensificado, quedando por tanto eliminada la posible comisión mediante el dolo eventual, para algunos autores totalmente inadmisibles desde una perspectiva político-criminal. Concluyendo, no basta con el simple conocimiento de la contravención de las normas de planeamiento, pues en ese caso estaríamos en presencia de una simple infracción administrativa, ya prevista y sancionada por la legislación extra-penal, sino que es necesaria la presencia de un requisito añadido para conformar el dolo: ese plus de ilegalidad. Por tanto, la comisión imprudente y mediante dolo eventual de estas conductas entrarían de lleno en la vía administrativa a efectos de su correspondiente sanción.

Por otra parte, de los tipos del artículo 320 CP solo responden las autoridades y funcionarios, en los términos expresados en el artículo 24 CP. Respecto a los delitos específicos de prevaricación al ser de mera actividad, admiten como formas punibles la tentativa inacabada y la consumación. El tercer tipo indicado es un tipo de mera omisión, que no plantea formulas imperfectas.

Finalmente, una breve alusión a la posible estimación de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 11.6 CP ha sido admitida jurisprudencialmente, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH acerca del art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos, y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona “el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable”, ha admitido en ocasiones esta atenuante de la responsabilidad. Precisamente, como cualificada la apreció la SAP de Madrid de 23 de marzo de 2012 al rebajar en un grado la pena impuesta al alcalde, al aparejador y al concejal de un determinado Ayuntamiento, condenados los tres por un delito continuado de prevaricación urbanística en comisión por omisión, quedando determinada dicha continuidad desde el instante en que, en dos momentos diferentes y para dos urbanizaciones distintas también, los sujetos emitieron sendos informes

favorables, a sabiendas de que los proyectos vulneraban las normas urbanísticas vigentes.

Ahora bien, esta misma Sentencia, apelando a otra del TS, de fecha anterior, la 755/2007, señala que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que, por tanto, sea necesaria en todo caso recurrir al Derecho penal cuya aplicación quedará de esta forma restringida a los casos más graves. Por ello, insiste dicha STS no son identificables en términos absolutos los conceptos de “nulidad de pleno derecho” y de “prevaricación”, pues la jurisprudencia del alto Tribunal ya ha señalado en otras ocasiones que el delito de prevaricación, cuya esencia radica en la utilización arbitraria del poder, se comete cuando la resolución arbitraria adoptada por el funcionario o la autoridad respecto de un asunto administrativo no encuentre apoyo posible en ninguna interpretación razonable del Derecho aplicable, ya que, en ese caso, la resolución no constituye en realidad una auténtica aplicación del Derecho sino únicamente una imposición de la voluntad del autor, convertida de esta forma en aparente fuente de normatividad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Española

Código Penal de 1995.

Ley 5/2010, de reforma del CP

Ley 1/2015, de 31 de marzo, de reforma del CP.

Memento Penal 2015. Francisc Lefebre.

CARMONA SALGADO, C., Tratamiento penal de la ordenación del territorio y el urbanismo tras la reforma de 2010. Fracaso del control preventivo administrativo y corrupción urbanística. La Ley Penal, 2013-103, Sección Legislación aplicada a la práctica.

— Delitos urbanísticos, La Ley Penal, 2007-38, Sección Monografías Jurisprudencia.

DELGADO GIL, A., Delitos urbanísticos y contra el medio ambiente, en: Manual de la UDIMA. Unidad I, Madrid, UDIMA, 2014.

DÍAZ MANZANERA, J.L., El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente (1), La Ley Penal, 2008- 50, Sección Informe de Jurisprudencia.

LAMARCA PEREZ, C. (coord.), Delitos y Faltas. La parte especial de Derecho Penal; Madrid, Colex, 2012.

VERCHER NOGUERA, A., El esquema y estructura de la nueva especialidad de urbanismo y medio ambiente en el seno del Ministerio Público, La Ley Penal, 2007- 38, Sección Estudios.

* * * * *

La prescripción de la pena. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad como modalidad de cumplimiento y efectos en materia de interrupción de la prescripción. Análisis de la Jurisprudencia y de la regulación legal tras la LO 1/2015, de reforma del Código Penal

~Cristina Giralt Padilla~

Juez Sustituta adscrita a la Audiencia Provincial de Tarragona. Socia FICP.

Resumen.- A diferencia de lo que ocurre con la prescripción de los delitos, el Código Penal no regula expresamente las causas de interrupción de la prescripción de las penas, si bien de la dicción del art. 134 se infiere que las únicas circunstancias que interrumpen el plazo prescriptivo son: el cumplimiento de la pena y el quebrantamiento de la misma. No obstante, durante la ejecución, pueden darse determinadas situaciones en las que el cumplimiento efectivo de la pena se halla suspendido, por lo que tanto la doctrina como la Jurisprudencia han interpretado el citado precepto, en orden a determinar si a esas modalidades en la ejecución se les puede otorgar eficacia para interrumpir o paralizar el plazo de prescripción. El Tribunal Constitucional se ha referido a estos supuestos en las Sentencias 97/2010 de 15 de noviembre, 49/2014 de 7 de abril y 81/2014 de 28 de mayo. La reforma del Código Penal operada por LO 1/2015 de 30 de marzo, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015, ha adicionado un apartado segundo al art. 134, recogiendo dos supuestos en los que el plazo de prescripción de las penas queda en suspenso.

I. INTRODUCCIÓN

A tenor de lo dispuesto en el art. 130.1.7º del Código Penal (CP), la prescripción de la pena o medida de seguridad impuesta en sentencia firme extingue la responsabilidad criminal. La prescripción se erige, así, como una de las causas de extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo señalado en el texto legal, sin que la pena haya llegado a ejecutarse o, en su caso, desde que se haya quebrantado. Obedece dicha institución a la necesidad de eliminar la incertidumbre en la misión punitiva, pues el aquietamiento de los órganos judiciales en orden a ejecutar la pena impuesta no puede perjudicar al reo quien, de otro modo, estaría sujeto al cumplimiento de dicha pena *sine die*. De ahí que, en el proceso penal, la paralización del procedimiento durante el tiempo legalmente señalado, ya sea para cada infracción penal o para la pena impuesta por sentencia firme, supone que nadie puede ser condenado o compelido a cumplir la pena impuesta en sentencia cuando, por expresa voluntad de la ley, tiene extinguida su –posible o declarada- responsabilidad criminal¹.

¹ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1993 establece que “...(la prescripción) opera en el proceso penal como causa de extinción de responsabilidad criminal a través de la desaparición o extinción del hecho que al acusado se le imputa cuando el transcurso del tiempo modifica sustancialmente la necesidad de la pena, o bien porque los principios de mínima intervención y proporcionalidad jueguen como factores coadyuvantes, en beneficio del reo para aminorar los efectos y consecuencias que el hecho delictivo habría normalmente que producir, si ya el binomio delito y pena, como castigo para restablecer el orden jurídico quebrantado, pierde su razón de ser a favor de una menor

Establece el Tribunal Constitucional² que la prescripción penal supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra su fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación de presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, así como en el principio de seguridad jurídica. Así, la prescripción se erige como una cuestión de orden público e interés general y, como tal, debe apreciarse de oficio por los Tribunales de forma que, cuando las penas no se hayan ejecutado durante el plazo establecido legalmente, deberán declararse prescritas y, por ende, extinguida la responsabilidad criminal del penado.

Esta comunicación tiene por objeto examinar si, además del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad o su quebrantamiento, existen determinados actos en el ámbito de su ejecución a los que se le puedan reconocer efectos respecto al plazo de prescripción, ya sea interrumpiéndolo o suspendiéndolo y, todo ello, a tenor de la reciente doctrina constitucional sentada en STC 81/2014 de 28 de mayo y 49/2014 de 7 de abril, así como la precedente 97/10 de 15 de noviembre. Asimismo, esta cuestión es abordada expresamente en el nuevo artículo 134.2 CP que entra en vigor el próximo 1 de julio de 2015.

II. PRESCRIPCIÓN DE LA PENA Y LOS ACTOS QUE LA INTERRUMPEN

1. Parquedad normativa

El vigente Código Penal de 1995 dedica exclusivamente tres preceptos a la prescripción de las penas y medidas de seguridad. En primer lugar, el art. 133 que se limita a enumerar los plazos de prescripción aplicables a cada una de las penas según su duración. El art. 134 -precepto que supone mayores problemas interpretativos- dispone que “*el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse*”. Y, por último, el art. 135 regula la prescripción de las medidas de seguridad.

La LO 1/15 de 30 de marzo de reforma del Código Penal, introduce un segundo apartado al artículo 134, en el que establece: “el plazo de prescripción de la pena

intervención judicial, en tanto que el transcurso del tiempo mina la sanción cuya imposición deviene innecesaria...”

² STC 63/2005 de 14 de marzo, 29/2008 de 20 de febrero y 79/2008 de 14 de julio, entre otras.

quedará en suspenso: a) durante el período de suspensión de la ejecución de la pena; b) durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75”.

Como seguidamente se expondrá, dicha escasez normativa ha generado dificultades prácticas en el ámbito de la ejecución de las penas, lo que ha dado lugar a criterios confrontados tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, de modo que se hacía necesaria una reforma por parte del legislador que pudiese aclarar aspectos tan trascendentes en esta materia como los que se refieren a las consecuencias que pueden derivarse de determinados actos o situaciones que acaecen durante la ejecución en relación a la prescripción. En este sentido, RAMON RAGUES I VALLES se refiere a la vigente regulación de la prescripción de la pena como uno de los aspectos más deficientes del Código Penal³. Como se decía, la LO 1/15 ha introducido dos causas de suspensión (que no interrupción) del plazo de prescripción, si bien a mi juicio la reforma no resuelve todas las dudas en esta materia.

2. Causas que interrumpen la prescripción de la pena

Como se ha expuesto, el artículo 133 CP determina el tiempo de prescripción de las penas impuestas por sentencia firme, siendo la única excepción las que se imponen por delitos de lesa humanidad, genocidio, o de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona, en cuyo caso no prescriben nunca. Para aplicar los plazos que dicho precepto establece habrá que estar a lo dispuesto en el art. 33 CP cuando regula la duración de las penas graves, menos graves y leves. Por otro lado, el artículo 134 CP dispone que el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiere comenzado a cumplirse.

Así las cosas, a diferencia de lo que ocurre con los delitos y faltas (en breve, delitos leves) en los que el vigente artículo 132 CP establece de forma expresa los actos que interrumpen la prescripción, en cambio para las penas no se recogen de forma exhaustiva causas de interrupción de la prescripción, sino que el citado art. 134 se limita a establecer el momento en que debe computarse el plazo: la firmeza de la sentencia, o el quebrantamiento de la condena si esta hubiere comenzado a cumplirse.

³ RAGUÉS I VALLÈS, R. Estudios en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas. Ed. La Fábrica de Libros, 2013. p. 547

De la literalidad del precepto pueden extraerse dos consecuencias importantes. Por un lado, que las dos únicas causas que interrumpen la prescripción de las penas son: el cumplimiento de la misma y su quebrantamiento. Y, en segundo lugar, que en el caso de que la pena sea quebrantada, el plazo de prescripción se computará de nuevo, con pérdida total del tiempo acumulado. Así, por ejemplo, en el caso de que se hubiera impuesto por sentencia firme de fecha 1/10/2010 una pena de 3 años de prisión –que está sujeta a un plazo de prescripción de 5 años al tener consideración de pena menos grave–, si la pena no llegara a cumplirse, prescribiría el 30/09/2015; pero, si el penado iniciase el cumplimiento de la pena de prisión y, durante su ejecución, se fugase del centro penitenciario, la fecha del quebrantamiento serviría como inicio de un nuevo plazo de prescripción de 5 años.

El apartado segundo del art. 134 CP que ha introducido la LO 1/2015 de 30 de marzo y que entrará en vigor el 1 de julio, se refiere a la “suspensión” del plazo de prescripción en dos supuestos concretos, por lo que debemos plantearnos si la ley pretende introducir verdaderas causas de interrupción del plazo prescriptivo o, por el contrario, se trata de supuestos en los que la pena se halla suspendida. La cuestión no es baladí, pues en caso de interrupción el plazo se cuenta de nuevo en toda su extensión, mientras que si se trata de una suspensión del plazo, habrá que tener en cuenta el que ya hubiera transcurrido antes de que se produjera alguna de las contingencias a las que el precepto alude.

III. CONSECUENCIAS DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN.

1. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

El Capítulo III del Título III del Libro Primero del Código Penal llevaba por rúbrica “de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional” (artículos 80 a 94), regulándose entre ellas la suspensión y la sustitución de dichas penas. En este sentido, tanto la doctrina⁴ como la Jurisprudencia⁵ venían examinado si, determinadas situaciones que acaecen durante la ejecución de una

⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. La prescripción de las penas y las medidas de seguridad. Diario la Ley nº 7193, 10 de junio de 2009, Año XXX, Ref D-212; DIEZ RIPOLLÉS, InDret, 2, 2008, pp 14-15.

⁵ AAP Castellón de 21 de abril de 2010 y AAP Madrid de 2 de junio de 2010, entre otras muchas que se analizarán con posterioridad.

pena privativa de libertad, pueden ser consideradas como “cumplimiento de la pena” y, por ende, reconocerles algún tipo de eficacia en relación al plazo prescriptivo.

Así, las dificultades surgían especialmente en las siguientes situaciones:

- a. cuando la ejecución de la pena se suspende por la solicitud de indulto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.4 CP.
- b. cuando la ejecución queda suspendida por haberse otorgado al penado la suspensión en base a los art. 80 y ss. CP.
- c. cuando la pena no puede ejecutarse por estar el penado cumpliendo otras condenas más graves, al no poder cumplirse simultáneamente (art. 75 CP)
- d. cuando se interpone recurso de amparo contra la sentencia firme y, el Tribunal Constitucional, acuerda la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada (art. 56.2 LOTC).
- e. por último, cuando la pena de prisión inicialmente impuesta es sustituida (art. 88 CP).

Con la LO 1/2015 que reforma el Código Penal, desaparece como modalidad autónoma el beneficio de la sustitución de la pena de prisión (art. 88 CP), de modo que únicamente se regula la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 80) y, dentro de este beneficio se otorga al Juez o Tribunal sentenciador la posibilidad de condicionar la suspensión al cumplimiento de determinadas prestaciones, entre las que se encuentra el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 84 CP). Por lo tanto, ya no va a ser posible que en caso de que deba revocarse la suspensión, pueda el penado acogerse a otro beneficio como es la sustitución, pues ésta únicamente constituye una condición de la suspensión ya otorgada.

Tal y como se contiene en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 con ello se quiere poner fin a la situación actual en la que la existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena) da lugar, en muchas ocasiones, a tres decisiones sucesivas que son objeto de reiterados recursos. Se mantienen, así los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión. De este modo –continúa

la exposición de motivos-, se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no de una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas.

En consecuencia, lo que debemos plantearnos atendiendo a la nueva regulación del beneficio de la suspensión, es cuál es el efecto que puede derivarse de dicha situación en relación al transcurso del plazo prescriptivo de la pena impuesta en sentencia.

2. Análisis de la Jurisprudencia. Criterios establecidos en relación a las consecuencias en materia prescriptiva cuando la pena se halla suspendida

La Jurisprudencia se había venido planteando qué ocurría con el plazo de prescripción cuando la pena se hallaba suspendida, dado que al no suponer la suspensión un cumplimiento efectivo, ni es un quebrantamiento de la misma, debía preguntarse si cabía considerar interrumpido el plazo de prescripción, o admitir algún tipo de consecuencia suspensiva al mismo.

Si atendemos al contenido del propio art. 80 CP debe tenerse en cuenta que, en el caso de las penas menos graves no superiores a 2 años de privación de libertad, el plazo de suspensión será de 2 a 5 años. Así, imaginemos una pena de 2 años de prisión impuesta por sentencia firme, respecto a la cual el Juez o Tribunal acuerda conceder la suspensión de su ejecución y establece un plazo de suspensión de 5 años. En este caso, la jurisprudencia se planteaba que si no se le otorgara ningún tipo de efecto (interruptivo o suspensivo) al beneficio concedido y el penado incumpliera la obligación legal – delinque durante dicho plazo- y se revocase la suspensión, podría ocurrir que al ordenarse la ejecución de dicha pena, ésta estuviere prescrita puesto que el plazo de 5 años establecido en el art. 133 ya habría transcurrido y la pena devendría inejecutable.

Al respecto, y teniendo en cuenta la anterior redacción que de esta materia contenía el Código Penal de 1973, la doctrina entendía que en el caso de aplicación de la condena condicional (actual suspensión del art. 80 CP), quedaba interrumpida la prescripción de la pena, o más exactamente, la facultad de hacerla cumplir, del mismo modo que tampoco prescribía la pena correspondiente a un delito mientras se estaba en prisión cumpliendo la impuesta por otro⁶.

⁶ LUZÓN CUESTA, J. M^a, Extinción de la responsabilidad penal, en: Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. II, Madrid, Civitas, p. 3021.

Ante tal perspectiva, no existía un criterio unificado en relación a la posibilidad de admitir que el avance de la prescripción de la pena pueda considerarse en suspenso en estos supuestos, situación que ha sido propiciada asimismo por el hecho de que el Tribunal Supremo se había pronunciado muy esporádicamente acerca de esta cuestión, de modo que existían resoluciones contradictorias en la Jurisprudencia menor.

En este sentido, algunas Audiencias Provinciales se habían mostrado favorables a reconocer eficacia suspensiva, o incluso interruptiva de la prescripción (con pérdida total del tiempo acumulado) a los supuestos en que la pena se halla suspendida por haberse otorgado el beneficio del art. 80 CP, o incluso durante la tramitación de indulto o la interposición de un recurso de amparo.

Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de agosto de 2008 (Sección 5ª, ponente BENLLOCH PETIT) argumentaba que no existían problemas de legalidad para considerar en suspenso el avance de la prescripción de la pena

en todos aquellos casos en los que la ejecución se ver paralizada, suspendida o dilatada por una resolución o incidente cuyo efecto suspensivo de la ejecución está legalmente previsto o cuando es iniciado a instancia o en interés del penado, pues en todos estos casos la suspensión o dilación de la ejecución de la pena deriva de una revisión legal expresa de la Ley introducida en interés del reo o de principios y garantías constitucionales.

En idéntico sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 6 de abril de 2010 (Sección 4ª, ponente REVUELTA MUÑOZ) estableció que:

...cuando la pena se suspende por decisión judicial, estableciéndose un plazo de garantía, se produce una suerte de efecto hibernación de aquélla que afecta, también al transcurso de los plazos de prescripción. La pena suspendida se sitúa en un plano de latencia. La posibilidad de ejecución de la pena permanece durante todo el período de suspensión establecido siempre que se den algunas de las condiciones o presupuestos normativos que justifiquen su revocación...En términos sistemáticos no tendría ningún sentido que el período de suspensión se superpusiera o trascurriera en paralelo al de prescripción, entre otras razones porque ambas instituciones se repelen mutuamente, pues responden a fines y principios diferentes...

Por otro lado, el Auto de la Audiencia Provincial de León de 22 de marzo de 2010 (Sección 3ª, ponente AMEZ MARTÍNEZ) que recogía exhaustivamente los diferentes criterios interpretativos de la Jurisprudencia menor en relación a la prescripción de las penas, finalizaba considerando necesaria la ejecución material y efectiva de la pena para concluir que se había procedido al verdadero cumplimiento de la misma, entendiendo que la postura de quienes defienden que cualquier actuación procesal orientada a ejecutar la pena es en sí misma “ejecución”, es contraria al principio de legalidad reconocido en el art. 25.1 CE. Sin embargo, este Auto hace una referencia expresa a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia y defiende la existencia de

situaciones que suspenden el curso del plazo prescriptivo. Así, dispone en el Razonamiento Jurídico Tercero:

...es opinión prácticamente unánime entre las Audiencias -también entre las que se afilian a la interpretación restrictiva del artículo 134 CP- la de entender, en línea con lo sostenido en la STS núm. 1.505/1999, de 1 de diciembre, que el cómputo de los plazos prescriptivos de la pena puede quedar excepcionalmente en suspenso como consecuencia inescindible de la aplicación de determinados preceptos legales: Es lo que sucede en los supuestos de suspensión de la pena durante la pendencia de la resolución del indulto acordada al amparo del artículo 4.4 del Código Penal; o en los supuestos en los que se concede la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad al amparo de los artículos 80 y sigs. del Código Penal ; o en los supuestos de suspensión de la pena acordada de conformidad con el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional mientras se resuelve un recurso de amparo; o, como reconoce la STS de 29 de marzo de 2001, en los supuestos de cumplimiento sucesivo de penas correspondientes a diversas infracciones previsto en el artículo 75 del Código Penal (nótese que, de no apreciarse en estos casos dicho efecto suspensivo, las penas menos graves impuestas por delitos conexos, en la práctica, prescribirían casi siempre).

Uno de los pronunciamientos judiciales que propició que el Tribunal Constitucional se pronunciara en esta materia, fue el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Militar Territorial Cuarto de 18 de diciembre de 2009 (y el auto de 15 de enero de 2010, que desestimaba el recurso de súplica), el cual acordó continuar con la ejecución de una pena de 9 meses de prisión al entender que no estaba prescrita, tras haberse denegado el indulto solicitado y el recurso de amparo considerando que, al haberse suspendido la ejecución, durante su tramitación se interrumpió el plazo de prescripción de la pena, estableciendo que tanto el art. 4.4 CP (suspensión durante la tramitación de indulto), como el art. 56 LOTC (suspensión durante la sustanciación del recurso de amparo) son supuestos de suspensión del cumplimiento de la pena en beneficio del penado, de modo que resulta lógico que la misma interrumpa la prescripción de la pena.

Dichas resoluciones del Tribunal Militar fueron objeto de recurso de amparo, que fue resuelto por STC 97/10 de 15 de noviembre en la que se concluye que los autos impugnados no satisfacen la exigencia constitucional de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial en materia de prescripción penal. Establece el Tribunal Constitucional que el vigente Código Penal únicamente contempla causas de interrupción en relación con las infracciones penales (art. 132 CP), pero no en relación con la prescripción de las penas, de modo que ni en relación a la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de un indulto, ni como consecuencia de la tramitación de un recurso de amparo, la normativa otorga condición o cualidad de causas interruptivas de la prescripción de la pena suspendida. Por ello, concluye que:

... es al legislador a quien corresponde determinar, de conformidad con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio de 2000, caso Coëme c. Bélgica), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción...

En consecuencia, considera el TC que los autos impugnados suponen una interpretación que excede de los preceptos en vigor, así como que no se compadecen con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) ni con el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

Así las cosas, el Tribunal Constitucional niega que la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de indulto, o durante la sustanciación de un recurso de amparo, tengan efectos interruptivos del plazo de prescripción de la pena impuesta, en contraposición al criterio que habían mantenido por varias Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo. En consecuencia, una vez la sentencia ha adquirido firmeza, se inicia el plazo para el cómputo de la prescripción de la pena impuesta, de modo que si se suspende su ejecución por alguna de esas dos causas (solicitud de indulto o recurso de amparo), sigue transcurriendo el plazo de la prescripción, sin que esas situaciones supongan ningún efecto paralizador de la institución prescriptiva.

Dicha conclusión supone, a juicio de parte de la doctrina⁷, un precedente alarmante al entender que ello puede conllevar en la práctica a una generalización de este tipo de recursos y solicitudes de indulto, dado que en el caso de que se acuerde la suspensión de la ejecución de la pena por dichos motivos, como quiera que el plazo de prescripción de la pena seguirá corriendo, el penado puede salir indemne de las consecuencias de la condena.

No obstante lo anterior, y siguiendo la doctrina asentada por las resoluciones jurisprudenciales citadas anteriormente, en las Jornadas de Ejecución Penal celebradas los días 12 y 13 de mayo de 2010 en el ámbito de las Audiencias Provinciales de Cataluña –anterior, por tanto, a la STC 97/10- se unificaron criterios en relación a dicha materia, llegándose al acuerdo suscrito por unanimidad entre los Magistrados de las distintas secciones con el siguiente tenor:

El plazo de prescripción de la pena sólo se interrumpe por el inicio efectivo de cumplimiento de la pena, no siendo equiparables a dicho inicio las actuaciones tendentes a su ejecución. El cómputo del plazo de prescripción se suspende: 1) en los supuestos de concesión de la condena condicional (art. 80 y ss CP), durante el plazo de suspensión; 2) suspensión por haberse solicitado indulto (art. 4.4 CP), durante el plazo de suspensión, hasta un máximo de 1 año en que la petición debe

⁷ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., Comentario a la STC 97/2010 de 15 de noviembre, Revista Aranzadi Doctrina, 1, 2011, pp. 87-96.

entenderse desestimada por silencio administrativo; y 3) o por cumplimiento previo de las penas más graves (art. 75 CP).

De dicha conclusión se dio oportuna difusión por Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de octubre de 2010.

Dicho criterio interpretativo defendía que en esos supuestos no existe interrupción de la prescripción, sino que se considera que en los tres casos enumerados la pena queda en una situación de “paralización”, es decir, suspende el plazo de prescripción, lo cual tiene efectos importantes en relación al cómputo del tiempo. Así, en el caso de una pena de prisión suspendida en virtud del art. 80 CP, el plazo de prescripción quedaría suspendido o paralizado a partir de la notificación al penado del beneficio, de modo que si incumpliera la condición impuesta y el sujeto delinquiriera durante el plazo de suspensión, no debería iniciarse de nuevo el cómputo del plazo con pérdida del ya transcurrido (consecuencia necesaria en el caso de la interrupción), sino que el plazo se reanudaría, sumándose al que ya hubiera transcurrido en su caso, desde la firmeza de la sentencia hasta que se otorgó dicho beneficio. Dicha interpretación sería favorable al reo, dado que si por el contrario se considera que la suspensión otorgada interrumpe (y no suspende) la prescripción, ello supondría que el tiempo transcurrido con anterioridad quedaría sin efecto, esto es, que debería iniciarse el cómputo del plazo en su totalidad, en el caso de que el beneficio se revocase.

Por otro lado, el citado acuerdo no recogía la sustitución de la pena de prisión otorgada al amparo del art. 88 CP, como una causa de paralización o interrupción de la prescripción, pese a que tratándose de una forma sustitutiva de la ejecución como se recoge en el Capítulo III de Título III del Libro II CP (art. 80 a 94), ello pueda erigirse como cumplimiento de la pena (la sustitutiva). En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de febrero de 2011 (Sección 2ª, ponente ROMERO ADÁN), negaba virtualidad interruptiva a la resolución que acordaba la sustitución de la pena de prisión por multa, ni a la que acordaba la revocación del beneficio por incumplimiento parcial de la pena sustitutiva. De este modo, aunque la pena sustitutiva hubiera comenzado a cumplirse, siguiendo dicho criterio interpretativo, tampoco ello servía a efectos de interrupción de la prescripción.

En cambio, la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/12, a resultas de la citada STC 97/10 de 15 de noviembre, se planteaba si esa interpretación constitucional debía extenderse también a la suspensión de la ejecución de la pena regulada en los art.

80 a 87 CP. Como quiera que dicha sentencia declaró expresamente que el “cumplimiento” de la pena interrumpe el plazo de prescripción, considera la Fiscalía que lo esencial es determinar cuáles son los actos constitutivos de verdadero “cumplimiento” de la pena y que pueden tener virtualidad para interrumpir el transcurso del plazo de prescripción, concluyendo que la suspensión es una “forma sustitutiva” de ejecución, es decir, una forma alternativa de cumplimiento que trata de evitar el ingreso del penado en un centro penitenciario y, como tal forma de cumplimiento, tanto la suspensión como la sustitución de la pena producen la interrupción del curso del plazo de prescripción. Fundamenta dicha conclusión en la naturaleza radicalmente distinta de esta modalidad de suspensión en relación a los dos supuestos abordados por la SCT 97/10 (suspensión por indulto o durante la tramitación del recurso de amparo), puesto que aquí no existe paralización de la actividad judicial ejecutiva, sino una forma alternativa de cumplimiento de la pena impuesta. De este modo, cuando transcurrido el plazo de suspensión, se compruebe que se han cumplido las obligaciones impuestas, quedará extinguida la responsabilidad criminal del reo (art. 85.2 y 130.1.3º CP).

Aunando en dicho criterio interpretativo, hace referencia la Consulta al artículo 60 CP en el que se establece un supuesto específico de suspensión de la condena sin eficacia interruptiva alguna, cuando después de pronunciada la sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. En este caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad y, una vez restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia “si la pena no hubiere prescrito”. En este caso, el Código establece de forma expresa que esa clase de suspensión de la pena no tiene ninguna eficacia interruptiva de la prescripción, considerando la Fiscalía que se trata de supuesto bien distinto de la suspensión del art. 80 CP, puesto que en el caso al que se refiere el art. 60 no existe actividad ejecutiva alguna, dada la situación mental del penado de modo que si, desde que se suspende la pena hasta que se restablece la salud del penado, ha transcurrido el plazo legal, la pena estará prescrita y no podrá ejecutarse.

El acuerdo de los Magistrados de las Secciones Penales de las Audiencias Provinciales de Cataluña al que hacía referencia anteriormente, fue objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Se impugnó un Auto de la AP de Tarragona de 13 de marzo de 2013 que desestimó la solicitud de declaración de la prescripción de la pena y el posterior Auto que desestimaba el recurso de súplica. En dichas resoluciones

la Audiencia Provincial, aplicando los criterios asentados en dicho acuerdo, disponía la continuación de la ejecución de una pena de 3 años de prisión, al entender que no estaba prescrita por cuanto la solicitud de indulto y su posterior tramitación no habían interrumpido el plazo de prescripción, sino solo suspendido su cómputo durante un año. El Tribunal Constitucional en Sentencia 49/14 de 7 de abril de 2014, estimó el recurso de amparo, declarando la nulidad de dicha resolución y acordando retrotraer las actuaciones a fin de que se dictara una nueva resolución respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la libertad y a la legalidad penal. Dicha sentencia recuerda nuevamente que el Código Penal no establece causas de interrupción de la prescripción de las penas, a diferencia de lo que ocurre con las infracciones penales, si bien considera que de la redacción del art. 134 CP cabe inferir implícitamente que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción, por lo que sólo ésta -unida al quebrantamiento- tiene eficacia interruptiva. El TC se refiere expresamente al criterio jurisprudencial asentado por las citadas Audiencias consistente en que “el plazo de prescripción de la pena se suspende, no interrumpe, por la suspensión de la ejecución de la pena por la solicitud y tramitación de indulto”, entendiendo que la resolución judicial está fundada en una interrupción de la prescripción sin causa legal, lo que supone que dicha interpretación no satisface el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial en materia de prescripción penal, lo que vulnera derechos fundamentales (art. 24.1, 17 y 25.1 CE)

De la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia analizada parecería desprenderse que se niega toda eficacia en materia de prescripción de las penas a las situaciones en las que éstas se hallan suspendidas en virtud de lo dispuesto en el art. 80 y ss CP. No obstante lo anterior, la STC 81/14 de 28 de abril que denegó el recurso de amparo interpuesto contra el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de febrero de 2013, aporta una nueva perspectiva en esta materia. En este caso, la Audiencia también había entendido que las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad paralizan el plazo de prescripción porque constituyen una forma sustitutiva de cumplir la pena, considerando que una interpretación distinta llevaría al absurdo cuando las penas no permiten el cumplimiento simultáneo. Pues bien, el Tribunal Constitucional, con cita de la STC 152/13, establece:

...si bien este Tribunal reconoció en aquel caso, la insuficiencia de los argumentos reconocidos por los órganos judiciales, no por ello cerró la puerta a otras construcciones interpretativas que,

tomando en consideración la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución y sus efectos, fueran capaces de armonizar el canon de motivación reforzada con la incidencia de aquél instituto en el ámbito de la prescripción de penas... () en el presente caso, concurre una diferencia importante respecto de otros supuestos en que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse... Cuando se suspende la ejecución por la tramitación de una petición de indulto o la sustanciación de un recurso de amparo, tal medida solamente produce la paralización del cumplimiento de la sanción impuesta, en espera del acaecimiento de un suceso futuro y de resultado incierto... Por el contrario, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad regulada en el art. 80 y ss CP, no tiene por finalidad preservar la efectividad de una potencial modificación del fallo, sino articular un modo de ejecución alternativa al cumplimiento material de la pena privativa de libertad que, en atención al comportamiento favorable del penado, habilidad un resultado del todo coincidente con el cumplimiento efectivo de la pena. Dicho en otras palabras... el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de las penas deja intacto el contenido de la sentencia condenatoria, limitándose a habilitar un cauce para el desarrollo de la ejecución que, por evidentes razones de política criminal, tendrá un contenido distinto de la ejecución in natura... ()... las consideraciones que aquéllos traen a colación para justificar la no prescripción de las penas, se anudan a la idea de que durante el período de suspensión se está desarrollando una modalidad de ejecución alternativa. Esa modalidad, añadimos, ha sido específicamente diseñada por el legislador y, a diferencia de otros supuestos analizados por este Tribunal, impide que el Estado pueda, por expreso mandato legal, aplicar el ius puniendi que la sentencia condenatoria impone... En fin, a la vista de lo expuesto, hemos de afirmar que la tesis sustentada por los órganos judiciales, respecto de la incidencia de la suspensión de la ejecución de las penas en el ámbito de la prescripción, no contraviene el canon de motivación reforzada exigible respecto del art. 134 CP y, a su vez, concilia con la doctrina recogida en la SSTC 187/2013 de 4 de noviembre y 49/14 de 7 de abril y que, en síntesis, viene a establecer que sólo los actos de ejecución asociados al cumplimiento de las penas, in natura o sustitutivo, tienen relevancia para interrumpir la prescripción...

De ahí que se pueda concluir que, en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional admite la existencia de modalidades en la ejecución de las penas privativas de libertad que son equiparables al “cumplimiento de la pena”, en orden a dotarlas de eficacia interruptiva del plazo de prescripción. Así, distingue entre cumplimiento in natura y sustitutivo de la pena, siendo el primero de ellos el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, mientras que el segundo viene determinado por ciertos actos de ejecución asociados al cumplimiento, como pueden ser la suspensión de la ejecución al amparo de los art. 80 y ss CP, o incluso la sustitución del art. 88 CP.

Dicha doctrina constitucional asienta, así, el criterio recogido en la analizada Consulta 1/12 de la Fiscalía General del Estado, pues existiendo modalidades de ejecución alternativas al cumplimiento “in natura” de la pena privativa de libertad (suspensión o sustitución), éstas tendrán los mismos efectos que el efectivo cumplimiento de la pena, a tenor de lo dispuesto en el art. 134 CP, esto es, la interrupción del plazo de prescripción de la pena y, por ende, se iniciará de nuevo el cómputo con pérdida del tiempo acumulado, en su caso, desde que la sentencia adquirió firmeza.

3. Estado de la cuestión tras la introducción del artículo 134.2 CP por LO 1/2015 de 30 de marzo

De lo anteriormente expuesto puede inferirse que, si el Tribunal Constitucional había anulado el criterio sentado por las Audiencias Provinciales y por el Tribunal Supremo que defendían otorgar eficacia suspensiva o paralizadora del plazo de prescripción en los supuestos de suspensión por indulto o durante la sustanciación de un recurso de amparo, lo hacía fundamentando que ello era contrario al principio de legalidad, siendo al legislador a quien le corresponde determinar el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción. Del mismo modo, la STC 49/14 de 7 de abril de 2014 analizada, recuerda de nuevo que el Código Penal no establece causas de interrupción de la prescripción de las penas, salvo el cumplimiento de la pena o su quebrantamiento.

Pues bien, tras la reforma introducida por LO 1/2015 que adiciona un apartado segundo al artículo 134 CP, resulta evidente que el legislador ha querido reconocer eficacia en materia de prescripción de penas a determinadas situaciones que tienen lugar durante la ejecución de las mismas. En el primer supuesto, se refiere expresamente a la suspensión de la ejecución de la pena como situación durante la cual el plazo de la prescripción queda en suspenso. Este era precisamente el criterio que, entre otros, defendía el acuerdo de los Magistrados de las Secciones Penales de las Audiencias Penales de Cataluña, que consideraba que el cómputo de la prescripción se suspendía en los supuestos de concesión de la condena condicional (art. 80 y ss CP).

Así las cosas, con la nueva redacción del artículo 134.2 CP, existen dos supuestos en los que el plazo de la prescripción de la pena se suspende, a saber: 1) cuando se haya acordado la suspensión de la ejecución de la pena, y 2) cuando el penado tenga otras condenas que no puedan cumplirse simultáneamente, sino sucesivamente por orden de su gravedad tal y como establece el art. 75 CP.

Por otro lado, resulta muy significativo que el legislador no ha establecido dichos supuestos como causa de “interrupción”, sino de “suspensión”. A diferencia de lo que había establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia analizada, el nuevo artículo 134.2 CP no se refiere a esas dos situaciones como causas de interrupción de la prescripción, sino que establece que el plazo de prescripción quedará “en suspenso”. De ello debe concluirse que, si concurre alguna de esas circunstancias, el plazo de prescripción quedará paralizado, pero no se perderá el que ya hubiera transcurrido

anteriormente desde la firmeza de la sentencia como ocurre con la interrupción en que el plazo de prescripción vuelve a contarse de nuevo en su totalidad. Pongamos un ejemplo práctico: si una sentencia firme de fecha 1-1-13 impone una pena de 2 años de prisión – cuyo plazo de prescripción es de 5 años–, pero ésta no empieza a cumplirse, sino que con posterioridad se otorga el beneficio de la suspensión el día 1-1-14 y por un plazo de 2 años, la pena estará suspendida desde el 1-1-14 hasta el 1-1-16, si bien en caso de hubiera que revocarse el beneficio y ordenarse la ejecución de la pena de prisión (nuevo art. 86 CP), desde el momento que se cometa el nuevo delito, restarán 4 años para que pueda darse cumplimiento a la misma y ésta no prescriba, pues el año transcurrido desde la firmeza de la sentencia hasta que se concedió la suspensión debe también computarse a efectos de prescripción.

A ello cabe añadir que, si la pena se halla suspendida y el penado delinque nuevamente dentro del plazo otorgado, no es la fecha de la resolución por la que se revoca el beneficio la que deberá tomarse en cuenta para determinar el inicio del cómputo, sino que será la fecha de comisión del delito, momento a partir del cual comenzará a correr de nuevo el plazo de prescripción de la pena⁸, lo que no obsta para tener en cuenta que la sentencia que condene por el nuevo delito deberá dictarse y adquirir firmeza dentro del plazo de suspensión concedido a efectos de poder revocar la suspensión otorgada.

Por cuanto se refiere al segundo supuesto, el del penado sobre el que penden varias condenas de la misma naturaleza que no pueden ser cumplidas simultáneamente, el artículo 75 CP establece que se cumplirán en orden de su respectiva gravedad. Así, por ejemplo, un penado condenado a penas de 3 y 4 años de prisión –ambas con un plazo de prescripción de 5 años–, empezará a cumplir en primer lugar la más grave, de modo que la de duración inferior quedará en suspenso, iniciándose su cumplimiento cuando se haya extinguido la de 4 años. Ello implica que el plazo de prescripción de la de 3 años empezará a correr cuando se haya cumplido la de 4 años y, si el cumplimiento no fuera sucesivo por alguna circunstancia, también deberá tenerse en cuenta a efectos del cómputo de la prescripción el tiempo que haya transcurrido desde que la más grave quedó cumplida.

Por último, debe tenerse en cuenta que el nuevo art. 134.2 CP no recoge de modo expreso otros supuestos que pueden darse durante la ejecución de la pena, como los

⁸ En este sentido, STS 952/2004 de 15 de julio y Acuerdo AP Tarragona 2 de marzo de 2012.

anteriormente analizados de suspensión por solicitud de indulto, o por la interposición de un recurso de amparo. Por ello, cabe plantearse si cuando refiere que el plazo queda en suspenso “durante el período de suspensión de la ejecución de la pena”, cabe también entender incluidas aquellas dos situaciones, pues a diferencia de lo que ocurre en apartado b) que hace expresa remisión al artículo 75 CP, en cambio en el apartado a) no se refiere a un precepto concreto.

Así, cuando el apartado a) recoge “durante el período de la suspensión de la ejecución de la pena”, puede entenderse que se está refiriendo exclusivamente a los supuestos del art. 80 y siguientes o también cabe inferir que resulta aplicable a los supuestos de suspensión de ejecución de la condena durante la tramitación del indulto, o durante la sustanciación de un recurso de casación. En este sentido, no puede obviarse que cuando el artículo 4.4 CP regula la suspensión durante la tramitación del indulto establece que podrá el juez “*suspender la ejecución*” de la pena en tanto no se resuelva sobre la petición formulada, lo que coincidiría con la dicción del apartado a) del art. 134.2 CP y justificaría su inclusión como una modalidad de suspensión. Sin embargo, debe atenderse a que el art. 134.2 CP se refiere al “*período de la suspensión*”, no estando sometida la suspensión por tramitación de un indulto a plazo determinado, de lo que podría deducirse que dicho precepto no se refiere a esta situación, sino únicamente a la suspensión del art. 80 CP que es la que se establece por un plazo determinado. De lo anterior se deduce que la ausencia de remisión específica en este apartado a los supuestos del artículo 80 CP, va a suponer con total seguridad nuevas interpretaciones contrapuestas en cuanto a la posibilidad de entender aplicable el nuevo precepto a los supuestos de suspensión durante la tramitación del indulto, o por interposición de recurso de casación.

IV. CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento regula, como únicas causas de interrupción de la prescripción de las penas, el cumplimiento y el quebrantamiento de la misma. Sin embargo, la ley prevé ciertas modalidades en la ejecución de una pena privativa de libertad que merecen la consideración de cumplimiento sustitutivo, por cuanto suponen una verdadera actividad ejecutiva mediante una forma alternativa al cumplimiento in natura.

Por ello varios han sido los pronunciamientos jurisprudenciales en orden a dotar de eficacia paralizadora del plazo de prescripción (suspensiva o interruptiva), a

determinados supuestos como la suspensión de la ejecución de la condena del art. 80 y ss CP, la sustitución del art. 88 CP, la suspensión durante la tramitación de indulto, la suspensión durante la sustanciación de recurso de casación y, por último, el cumplimiento sucesivo de las condenas que no puedan cumplirse simultáneamente.

De la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional en STC 97/10 de 15-11 y STC 81/14 de 28-4, se infiere que los supuestos de ejecución de una pena privativa de libertad concedida al amparo de lo dispuesto en el art. 80 y ss CP, así como la sustitución del art. 88 CP, tienen eficacia interruptiva del plazo de la prescripción, pues si bien no se trata de una ejecución in natura de la pena, debe calificarse como una forma alternativa de cumplimiento de la pena impuesta en virtud de la actividad ejecutiva ordenada por el órgano sentenciador. En cambio, los supuestos de suspensión por tramitación de indulto o por interposición de recurso de casación, no tienen tal alcance, al encontrarse en ese momento paralizada la ejecución sin intervención alguna del órgano encargado de la misma, lo que no puede equipararse al cumplimiento de la pena.

No obstante, con la introducción del apartado segundo en el artículo 134 CP, tras la entrada en vigor de la nueva LO 1/2015 de 30 de marzo, se establece expresamente que tanto la suspensión de la ejecución de la condena como el cumplimiento de las penas de conformidad con lo dispuesto en el art. 75 CP, suspenden el plazo prescriptivo, de modo que no se trata de causas de interrupción de la prescripción, pero sí se reconoce legalmente a tales situaciones efectos suspensivos de dicho plazo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- DIEZ RIPOLLÉS, J.L., Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena, *InDret*, 2, 2008
- GILI PASCUAL, A., *La prescripción en derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 2001.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, 2003.
- LUZÓN CUESTA, J. M., Extinción de la responsabilidad penal, en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*, Granada, Comares, 1990.
- La prescripción de las penas y las medidas de seguridad, *Diario La Ley*, nº 71293, 10 junio 2009, Año XXX.

RAGUÈS I VALLES, R., Estudios Penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, La Fábrica de Libros, 2013.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. Revista Aranzadi Doctrina, 1, 2011.

* * * * *

Dopaje genético deportivo. Consecuencias penales y éticas actuales.

~Ildefonso Manuel Gómez Padilla~

Abogado en ejercicio. Ex-magistrado Suplente. Doctorando Univ. Jaén. Socio FICP.

I. RESUMEN

Con la presente comunicación, se pretende dar una breve noción del concepto de dopaje desde un doble aspecto penal y ético, materias tan íntimamente ligadas y a veces tan opuestas. Al tiempo, se realiza un breve repaso del pasado presente y futuro de dicho termino. Para finalizar con un somero análisis del futuro del dopaje, ya presente, con el “dopaje genético”, mínimo análisis de sus métodos y como epicentro de la discusión ética, la justificación de criminalización de la conducta con respuesta de una sanción penal en aras de la salvaguarda de bienes jurídicos, no unánimemente defendibles por la totalidad de los estudiosos del tema.

II. DOPAJE EN TÉRMINOS GENERALES

¿Qué es el dopaje?

Etimológicamente, la palabra doping tiene su origen en la tribu Kaffir Africana que llamó a una bebida alcohólica primitiva, que era usada en ceremonias religiosas como estimulante con el término “dop”. Otros documentos describen a guerreros Zulú usando “dop”, una bebida alcohólica hecha de la piel de la uva y la bebida cola. En África occidental, el uso del acuminata de cola y de nítida de cola era también común durante la competición de paseos o carreras. Consecutivamente, el columnista Holandés Boers utilizó el término “dop” para describir cualquier bebida estimulante y, por lo tanto, el término fue difundido por todo el mundo. Eventualmente, el término fue adoptado por una gama más amplia de sustancias y deportes, y el uso de esas sustancias fue descrito como “doping”, apareciendo primero en un diccionario inglés en 1889.¹

En la actualidad, el Código Mundial Anti-dopaje, define actualmente y de manera oficial el Doping como: “el acontecimiento de una o más violaciones de las reglas anti-doping establecidas en el artículo 2.1 hasta el 2.8 del Código Mundial Anti-dopaje.”

El concepto lo adopta la **AEPSD** del propio **AMA**: “**La Agencia Mundial**

¹ <http://www.doping-prevention.sp.tum.de/es/doping-in-general/history-of-doping.html>

Antidopaje (AMA) considera como dopaje cualquiera de los siguientes hechos:

- Presencia de una sustancia prohibida, o de sus metabolitos o marcadores, en la muestra biológica de un deportista.
- Uso, o tentativa de uso, de una sustancia o método prohibido.
- Negarse a pasar un control antidopaje o eludirlo de cualquier manera, sin una justificación válida.
- Incumplimiento de la obligación de facilitar la localización y/o controles fallidos. En general, en relación con los controles fuera de competición, cualquier combinación de tres controles fallidos y/o incumplimientos en la presentación de información sobre localizaciones en un plazo de 18 meses.

La Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, en Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil catorce, procede decretar la nulidad de dicho Anexo al tratarse de una medida desproporcionada y contraria al derecho a la intimidad, y ello aun considerando el deber de sujeción especial que tiene el deportista como titular de una licencia federativa.

Nº de Recurso: 138/2013

Ponente: Javier Eugenio López Candela

Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso

- Manipulación, o tentativa de manipulación, de cualquier fase del control de dopaje.
- Posesión de una sustancia o método prohibido sin la autorización de uso terapéutico correspondiente.
- Tráfico de una sustancia o método prohibido.
- Administración, o intento de administración, de una sustancia o método prohibido a un deportista, así como cualquier tipo de ayuda, complicidad, encubrimiento o incitación a otros deportistas a que se dopen.

Es muy importante hacer hincapié en que, en última instancia, el deportista es el responsable principal de velar por su salud y por el juego limpio. Por tanto, si se encuentra cualquier sustancia prohibida en su organismo o se descubre la utilización de un método prohibido, aunque el deportista haya obrado inconscientemente, se

considerará que dicho deportista se ha dopado y será sancionado en consonancia.²

III. DOPAJE GENÉTICO

¿Qué es el dopaje genético?

Es el uso no terapéutico de genes, elementos genéticos y/o células que tienen la capacidad de incrementar el rendimiento de un atleta. La aplicación de la terapia génica implica la transferencia de genes o de secuencias de DNA con un objetivo terapéutico en algunas patologías; sin embargo, este tipo de transferencia puede ser utilizado en manipulaciones génicas para incrementar el rendimiento deportivo y obtener ventajas sobre los demás competidores. Por ello, es necesario desarrollar técnicas moleculares específicas capaces de detectar las diferencias genéticas inducidas en el genoma de los atletas.³

La Agencia Mundial Antidopaje (AMA) es la organización internacional responsable de promover, coordinar y monitorizar a nivel mundial la lucha en contra del dopaje y, como tal, ha destinado recursos significativos para la investigación de los métodos utilizados y el desarrollo de técnicas de detección del dopaje genético.

En junio de 2001, la Comisión Médica del Comité Olímpico Internacional convocó por primera vez un “meeting” en “Terapia génica y su impacto en el deporte”, admitiendo la posibilidad de abuso en dopaje genético por parte de los atletas. Sin embargo, la primera mesa de trabajo en dopaje genético organizada por la AMA fue en Nueva York en marzo de 2002 (The Banbury Conference) en donde participaron integrantes del ámbito científico y deportivo, incluyendo en el listado de sustancias y métodos prohibidos del año 2003 el dopaje genético. En el año 2004 se creó el grupo de expertos en dopaje genético encargado de estudiar las últimas evidencias en terapia génica, los posibles métodos de detección y los proyectos de investigación en curso. En el año 2005 se llevó a cabo la segunda mesa de trabajo en Estocolmo, en colaboración con el Karolinska Institute y la Confederación Sueca del deporte, en donde se discutieron los diferentes proyectos que la AMA implementó para la detección del dopaje genético, ya que aunque es probable que sea difícil detectar la introducción de un gen particular en el material genético del individuo, existirán consecuencias de la inserción de dicho gen. Estos efectos pueden ser detectados y cuantificados, como por

² Web Oficial AEPSPD: <http://www.aepsad.gob.es>

³ ARGÜELLES, C.F./HERNÁNDEZ-ZAMORA, E., Dopaje genético: transferencia génica y su posible detección molecular, *Gaceta Méd. Méx.*, 2, 2007, pp. 169-172.

ejemplo la superproducción de una enzima, una proteína o una línea celular en particular. Adicionalmente, el dopaje genético puede tener efecto en otros genes, causando su activación o inactivación, generando un patrón genómico, proteómico o metabolómico que puede también ser detectado.

Por otra parte, se mencionó el trabajo con un método similar a la resonancia magnética que permite escanear el cuerpo en búsqueda de expresión génica en lugares inusuales. Al final de esta reunión se concluyó que la detección de dopaje genético es posible y probable.

Entre 2004 y 2007 se generaron 21 proyectos en las áreas Genómica / Transcriptómica, Proteómica, Metabolómica, detección viral y bioinformática.

En junio del 2008 se realizó la tercera reunión en Saint Petersburg en donde no solo se actualizaron los temas éticos, el origen de la terapia génica, su introducción al deporte (modificaciones en músculo, producción de células sanguíneas y sistemas energéticos) y las técnicas de detección, sino que también se abordaron temas legales con respecto a penalidad y alianzas con autoridades públicas y comerciales para limitar el mercadeo de las ciencias genéticas.

Finalmente, en junio de 2013 se realizó el Simposio de dopaje genético y celular en Beijing con la colaboración de la Agencia Antidopaje de China (CHINADA) y la Asociación para el desarrollo de la ciudad Olímpica de Beijing, la cual contó con la asistencia de más de 70 participantes internacionales. Se hizo énfasis en las técnicas de detección, riesgos y perspectivas sociales y políticas relacionadas⁴.

La definición de dopaje genético incluida en la lista de sustancias prohibidas 2013 es: “transferencia de polímeros de ácidos nucleicos o sus análogos y el uso de células normales o genéticamente modificadas”, siendo más corta y concisa que en años anteriores.

En el BOE del miércoles 6 de agosto de 2014, se publica la Resolución de 25 de julio de 2014, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se modifica la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, aprobada por Resolución de 20 de diciembre de 2013.

Algunos dicen que puede que no pase mucho tiempo antes de que veamos al

⁴ CLAVIJO, M., Dopaje Genético: abuso de la combinación entre ciencia y deporte, Universidad de Antioquia Agente de Control Antidopaje, ONAD - COLDEPORTES.

primer atleta genéticamente modificado. Otros, entre los que me incluyo, pensamos que el uso de la terapia genética para mejorar el rendimiento deportivo, es ya una realidad. Sin embargo, dado que la metodología diagnóstica aún carece de la sofisticación necesaria para refutar el “dopaje genético”, su estado sigue siendo poco claro.

Existe en el momento actual dos posibilidades de utilizar la terapia génica para mejorar el rendimiento deportivo, según Patricia Blasco:

Ex vivo: Para ello se debe de extraer una estirpe celular al deportista (mediante una biopsia). Se transfiere el gen a esas células, las cuales se volverían a introducir en el organismo. Es un método invasivo (requiere biopsia) pero tiene la gran ventaja de que permite tratar estirpes celulares determinadas (habitualmente e stirpes musculares)

In vivo: El gen se transfiere directamente al paciente mediante algún tipo de fármaco. El gen iría en un vector como un virus o plásmido, que inyectarían el ADN modificado en las células del deportista.

¿Se puede controlar el dopaje genético?

Es sumamente improbable que alguien se esté beneficiando del dopaje genético y sin duda, es mucho más eficaz centrar la atención en los sistemas de dopaje más estandarizados como los esteroides anabolizantes y las diferentes opciones de dopaje sanguíneo. No obstante, la WADA, mantiene que está invirtiendo cantidades significativas de dinero y recursos en investigación para encontrar metodología diagnóstica eficaz para detectar la intervención en el material genético de los deportistas.

Lo que sí es seguro es que es técnicamente factible el uso de la modificación genética para mejorar el rendimiento deportivo, en los animales por lo menos, y que algunos atletas están dispuestos a arriesgar sus vidas si se pudiera garantizar medallas de oro.

Digo esto porque en una encuesta frecuentemente citada⁵, el Dr. Bob Goldman, fundador de la Academia Nacional de EE.UU. de Medicina del Deporte, pidió a los atletas de elite en la década de 1980 que le respondieran sí o no a una simple cuestión:

¿Os dejaríais administrar una sustancia que os garantizara medallas de oro pese a conocer que os va a llevar a la muerte en 5 años?

⁵ <http://www.medscape.com/viewarticle/768791>

Más de la mitad dijo que sí. De los 198 atletas de clase mundial, el 52% estaría dispuesto a dar su vida por cinco años de una racha invicta de victorias”, durante los Juegos Olímpicos de 2004 en Atenas”. Repitió la encuesta cada dos años durante la década de los 90 y los resultados fueron siempre los mismos, alrededor de la mitad de los atletas encuestados estaban dispuestos a morir por el oro. Algunos de 16 años de edad.

Comparto con Patricia Blasco, que éticamente, estar dispuesto a morir a la edad de los 21 años es una actitud desde el punto de vista psicológico perversa en si misma.⁶

IV. CONSECUENCIAS PENALES Y ÉTICAS

Consecuencia de todo lo expuesto, el incurrir en una de las actividades anteriormente enumeradas, dicha conducta sería merecedora la calificación de doping y dependiendo del país de nuestro entorno al que dirijamos nuestra mirada, dicha conducta, dependiendo de quien la realice, puede conllevar aparejada la comisión de un delito y una sanción penal.

A mi juicio, al igual que para ilustres penalistas⁷ de este país, la interrelación derecho deportivo y derecho penal, pone de relieve, como de una manera desproporcionada, se incumple en aras a la protección de otros intereses, uno de los principios básicos del derecho penal como “ultima ratio”, criminalizando al deportista y su entorno con la tipificación, como delito, en el art. 361 Bis de nuestro vigente Código Penal.

Las **consecuencias penales** dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país, pasan por proceder a un breve análisis de este precepto. De este modo, el **bien jurídico** protegido conforme el legislador lo ubica sistemáticamente en nuestro código, es la “salud pública”, que al tener el carácter de colectivo, implica la ineficacia del consentimiento. Otra nota digna de mención, es que es un **delito común**, al contrario de lo que pudiera pensarse, no está pensado para el deportista como sujeto especial, sujeto activo, (por analogía con el autoconsumo de cualquier droga toxica o estupefaciente), sino para cualquiera y fundamentalmente para el entorno del deportista. Por lo que respecta al **sujeto pasivo**, recae sobre el deportista, pero no cualquier deportista, sino que se restringe al federado no competitivo y deportistas no federados que participen en

⁶ BLASCO, R., El dopaje genético: Desde los “Ratones Schwarzenegger” hasta el Repoxygen, 9 de abril de 2013.

⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.

competiciones organizadas en España. El objeto material del delito, recae sobre las sustancias que recoge “el listado de sustancias dopantes”. Elemento fundamental del tipo es la necesaria puesta en peligro de la vida o salud del deportista. Por lo que respecta a la conducta típica, me remito al enunciado del artículo en el propio texto legal, en aras a una mayor brevedad. Especial mención merece dentro del tipo subjetivo, a priori, la necesidad de dolo para la comisión del delito, si bien afecto por el art. 367 C.P. cabría la comisión por imprudencia grave, también cabría la comisión del mismo en tentativa, así como la exención de la pena, siempre que se acredite la necesidad terapéutica de la acción tipificada. Por último, en lo que se refiere a la agravación de la pena, se concreta sobre si la acción recae sobre un menor o existe una relación laboral con preponderancia o mando sobre el deportista.

En el entorno Europeo, concretamente en Alemania muy recientemente, se propone cárcel para el dopaje. De este modo, tanto los deportistas, como las personas que faciliten el uso de dopantes, podrían tener penas de hasta tres años de prisión según el nuevo anteproyecto de ley alemán.⁸

Desde el punto de vista de las **consecuencias éticas:**

Bajo la premisa de que la ley protege la salud del deportista y por eso se tipifica el dopaje, si se demuestra que el dopaje en general y el genético en particular, no es perjudicial para la salud, sino que mejora la misma, ¿se podrían mantener las sanciones? ¿tendría justificación la penalización de dicha conducta? ¿Sería justificable una sanción a nivel de deporte base o a nivel amateur? ¿Es adecuada la utilización de estos avances en genética siempre que su uso fuere exclusivamente a modo terapéutico, esto es la mera aceleración en la recuperación de lesiones? ¿Se atenta a los principios de justicia, igualdad en el desarrollo de la competición, al juego limpio?

Como paradoja a esta cuestión y un claro ejemplo de lo expuesto se puede trasladar al baloncesto profesional en los EEUU, la NBA. Conocida es la descomunal evolución física que pasado un breve espacio de tiempo presenta cualquier jugador que milita en esta liga procedente de otras ligas como pudiera ser cualquiera de las Europeas, y la no asunción por parte de la selección americana de los controles y métodos de control antidoping que en unas olimpiadas se realizan para prevención de esta ilegalidad para el COI. En este caso, como todos, “presuntamente están dopados”

⁸ <http://www.elmundo.es/deportes/2014/11/12/546349b322601d8e5e8b457d.html>

de uno u otro modo, no se estaría atentando contra los principios de justicia, igualdad en la competición, etc. Muy al contrario, se apuesta como deporte profesional de elite, en teoría el mejor baloncesto del mundo, por obtener el mayor rendimiento de dichos deportistas, que ya de por sí cuentan con unas condiciones físicas y psíquicas “galácticas”. En este caso concreto, prima el bien jurídico “espectáculo”, “la económica del dólar y de la franquicia” sobre la “salud del deportista”.

V. CONCLUSIONES

Destacar el ingente desarrollo tecnológico, métodos, laboratorios y la legislación que lleva aparejado todo ello, con el único fin “teórico” de mantener la pureza del deporte y la lucha internacional contra el dopaje. Y como consecuencia de todo ello, la regulación del tipo penal de dopaje en el Código Penal español y su relación e influencia con el Derecho deportivo y los países de su entorno.

A mi juicio, al igual que para ilustres penalistas⁹ de este país, la interrelación Derecho deportivo y Derecho penal, pone de relieve, como de una manera desproporcionada, se incumple en aras a la protección de otros intereses, uno de los principios básicos del derecho penal como “ultima ratio”, criminalizando al deportista y su entorno con la tipificación, como delito, en el art. 361 Bis de nuestro vigente Código Penal.

Por otro lado, y pese a los esfuerzos preventivos, investigadores, tecnológicos y económicos que se realizan por los organismos internacionales, la ciencia al servicio de la humanidad y en el caso que nos atañe, del deportista, siempre van por delante.

Es muy importante hacer hincapié en que, en última instancia, el deportista es el responsable principal de velar por su salud y por el juego limpio, al margen de intereses económicos, políticos, “de famoseo”, etc., haciendo decaer, si esto se produjera, la totalidad del entramado jurídico expuesto.

* * * * *

⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.

Las redes sociales y la libertad de expresión

~Francisca Juárez Vasallo~

Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Ávila. Socia FICP.

Resumen.- El creciente uso de las redes sociales para manifestar toda clase de opiniones sobre noticias o sucesos de relevancia pública ha supuesto un considerable aumento de nuestra libertad de expresión pues permite mostrar de forma espontánea el sentir personal al socaire de un acontecimiento puntual pero, de forma paralela, ha comportado un aumento en la comisión de una serie de delitos, surgidos como efecto de esa mal entendida libertad de expresión, que no son sino la consecuencia del abuso de ésta. Hablamos de las injurias, calumnias, difusión de imágenes que atentan contra el derecho a la intimidad, apología del delito, provocación a la discriminación, etcétera. Partiendo de un breve acercamiento a las redes sociales, se analizan las sutiles líneas que separan la libertad de expresión de la comisión de hechos delictivos relacionados directamente con la comunicación de opiniones, imágenes, tuits, comentarios, advertencias, ideas o sugerencias, cuyo exceso verbal o gráfico, las convertirá en ilícitos penales.

I. QUÉ SON LAS REDES SOCIALES, CLASES Y CONTENIDOS. CLAVES PARA ENTENDER SU AUGE E IMPORTANCIA ACTUALES

En la era de las TIC (Tecnologías de la Información y de la Comunicación) es de uso común hablar de Redes sociales, pero ¿a qué nos referimos cuando hablamos de ellas? En principio, las redes sociales son uno de los servicios comprendidos en el término web 2.0 y son plataformas informáticas o aplicaciones web destinadas a favorecer la interrelación personal, es decir, su objetivo es reunir gente con la que relacionarse en línea, generalmente porque mantienen o quieren mantener una relación de amistad o, simplemente porque comparten intereses, aficiones o gustos comunes. En todo caso, y en general, estas redes permiten configurar un perfil personal e interactuar con el resto de usuarios. De una forma un tanto simplista, se ha empezado a clasificarlas en dos tipos: redes sociales verticales o temáticas, si los usuarios tienen intereses afines, o redes sociales horizontales, si los usuarios tienen intereses heterogéneos. Sin embargo, se pueden añadir varias clasificaciones más, tales como redes sociales profesionales, en las que los intereses del usuario tienen un fin eminentemente laboral, o redes sociales abiertas o cerradas en las que, con indiferencia de los intereses, se puede acceder o no siendo previamente miembro del grupo u organización.

Las redes sociales más conocidas son Facebook, Twitter, LinkedIn, Instagram, Flickr, YouTube o Google +, pero hay muchas más, algunas de ellas muy populares en sus países de origen, como China: Xing, Weibo, o Brasil: Orkut, pasando por otras como: Viadeo, Foursquare, Soundcloud, Path, Pinterest, Badoo, Tumblr, Friendster, Yelp, SQuestions, Myspace, Getglue, TweetDeck, Hootsuite, RenRen, etcétera...

Pasemos a referir, sin ánimo exhaustivo y brevemente, las características esenciales de algunas de las redes sociales con mayor número de usuarios:

Facebook es la red social genérica más extendida en el mundo. Fue creada en 2004 por Mark Zuckerberg para los estudiantes de la Universidad de Harvard en EE.UU. En 2006 se abrió para cualquier usuario de Internet. Su registro es gratuito y no es necesaria una invitación previa. Sus miembros se conectan entre sí previa petición y se generan así las listas de amigos. A través de Facebook se pueden compartir fotografías, vídeos y documentos. Cuenta también con la posibilidad de chatear en tiempo real con los contactos agregados. Facebook es una red social que está en continua expansión. Se dice que cuentan con más de un billón de usuarios en el mundo.

Twitter es una red social creada en 2006. Une a sus usuarios a través de intereses comunes. Su principal característica es no permitir la publicación de información que contenga más de 140 caracteres. Cada uno de los textos publicados por sus miembros se llama *tweet*. Para poder publicar en Twitter hay que estar registrado aunque no hace falta para leer los *tweets* emitidos por otros usuarios. Esta red social ha creado numerosos términos propios para referirse a sus acciones más comunes.

Google + es la red social lanzada por Google. Para formar parte de esta red social se necesita una invitación previa. Google + une a sus miembros por círculos de afinidad que el usuario determina. La información, las fotografías, vídeos y documentos pueden compartirse con uno u otro círculo. Incorpora novedades como los *Sparks* que son las cosas en común que se comparten con los usuarios de cada círculo. Los *Hangouts* son lugares de reunión en los que se pueden hacer videoconferencias.

LinkedIn es la red profesional con mayor número de usuarios. Fue puesta en funcionamiento en 2003 y ha alcanzado más de 120 millones de profesionales registrados. Los contactos tienen una relación laboral que facilita la búsqueda de empleo.

Los miembros de LinkedIn se agrupan en función de su currículum. La web tiene diferentes aplicaciones para optimizar sus funciones, compartir archivos o revisar estadísticas. LinkedIn permite la creación de grupos de debate o de opinión sobre temas profesionales. Cotiza en bolsa desde mayo de 2011.

Flickr: Las relaciones entre sus miembros están basadas en el contenido publicado en la web. Está se almacena en el ordenador del usuario y es él quien lo comparte con el

resto de miembros. Los usuarios de esta red comparten sus fotografías y se agrupan en función de sus relaciones o de las temáticas de las fotos.

Badoo: Red social de relaciones, en la que los usuarios se relacionan con gente nueva. Las listas de miembros se van haciendo entre personas que no se conocen previamente. Este tipo de redes suele incluir un buscador con la base de datos de sus miembros, que proporciona parámetros de búsqueda como la franja de edad, la ubicación o las preferencias sexuales. Existen numerosas redes de este tipo y la mayoría ofrecen servicios de pago. La que tiene un mayor número de posibilidades gratuitas es Badoo.

Lo que es innegable en estos momentos es que la mayoría de la población se encuentra interconectada gran parte del día y, aunque eso no puede sorprender en los jóvenes, denominados “nativos digitales”, lo relevante es que también sucede en otras franjas de edad, pues el Banco Mundial¹ sitúa el Índice de Usuarios de Internet en España, en el año 2013, en el 71,6%, aunque estos datos –obvio es decirlo- se encuentran en continuo crecimiento, especialmente en el sector más joven de la población. Los usuarios han encontrado en las redes sociales el instrumento idóneo para estar permanentemente informados de todas las noticias, en comunicación instantánea con sus contactos, al día en las últimas novedades comerciales, editoriales, musicales, culturales, e incluso personales, de aquellos usuarios con quienes mantienen relaciones en línea. La conectividad inmediata ha satisfecho, como pocas cosas, la innata necesidad del hombre de socializar, pero el hecho de poder hacerlo con individuos con los que se comparte amistad, aficiones o simplemente el deseo de expresar la propia opinión, ha convertido las redes sociales en un instrumento social de primer orden, inaugurando un espacio inédito de socialización virtual, con potencial impacto sobre la transmisión de normas, valores, actitudes y comportamientos personales y sociales.

Puede decirse, sin miedo a la equivocación, que las redes sociales condicionan el mundo real. No puede echarse en el olvido la incidencia de los mensajes a móviles e internet tras las protestas del 11-M en Madrid, ni las movilizaciones opositoras en Irán desde 2009, ni la influencia de bloggers como Yoani Sánchez en Cuba, la organización ciudadana opositora al alcalde de Salamanca, la movilización contra el Gobierno del José Luis Rodríguez Zapatero por la ley antidescargas que preveía el cierre de páginas Web, el auge de Podemos, que muchos atribuyen a su magnífica gestión de las redes

¹ <http://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.P2/countries>

sociales y, muy recientemente, el récord de actividad a raíz del atentado en Francia contra la revista Charlie Hebdo, con cuatro millones de tuits relacionados con la temática. Se extiende por el mundo una nueva forma de activismo social. En los últimos años, los ciudadanos están siendo testigos de acontecimientos tales como las revoluciones árabes, las filtraciones de secretos de las embajadas de Estados Unidos y los Gobiernos de todo el mundo a través de Wikileaks, las acciones del colectivo de ciberatacantes Anonymous contra compañías como Visa o Amazon, los movimientos del 15M en España, *Occupy* en Estados Unidos o *Yo soy 132* en México, las protestas en Rusia, o campañas electorales muy basadas en redes sociales como la que en 2008 llevó a Obama a la presidencia de Estados Unidos.

Junto a estos fenómenos de movilización colectiva, o impulsándolos muchas veces, surgen casos de activistas individuales que usan las plataformas y redes digitales para dar a conocer su protesta, buscar aliados y enfrentarse a antagonistas, no hace mucho, inalcanzables. En definitiva, como afirman Tascón y Quintana, Internet como sociedad del conocimiento y las redes, como metonimia del conocimiento socialmente distribuido, está dando paso al fenómeno del ciberactivismo, de la participación del ciudadano en la sociedad global como no se había producido hasta el momento. No puede negarse la evidencia de que algunas redes sociales se han convertido en la plataforma ideal para expresar -libremente y sin tapujos- las opiniones, valoraciones o sentimientos que producen a los usuarios los acontecimientos, noticias o sucesos que diariamente se producen en el mundo, en su país o en su entorno más cercano. He aquí, pues, nuestro punto de partida: comprobar si es compatible el vertido de cualquier opinión personal en una red social con las exigencias constitucionales de respeto al derecho de cada individuo al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; dilucidar dónde está la frontera entre la libertad de expresión en estos medios y la comisión de delitos tales como injurias, calumnias, apología del delito, por no hablar de otros de mayor entidad como difusión de pornografía infantil, phishing, cyberbullying, etcétera.

II. LOS SUTILES LÍMITES ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO

Parece fundamental principiar con una premisa básica: no hay diferencias de tratamiento entre las opiniones vertidas en una publicación de papel que en una

publicación virtual, tampoco las hay en el tratamiento de una opinión verbal emitida públicamente que en la emitida en una red social de acceso público. El contenido de lo publicado o difundido se verá sometido a idéntico control de legalidad por los jueces en caso de que alguien denuncie una vulneración de su derecho al honor o se sienta injuriado, calumniado o perjudicado de algún modo por esa expresión pública. De este modo, parece necesario acudir a los criterios ya establecidos por la jurisprudencia en esta materia. Sí hay diferencias, sin embargo, en cuanto a la responsabilidad exigida a las empresas en cuya plataforma se “publica” ese contenido que pueda resultar atentatorio contra los derechos de un individuo. Mientras el medio de comunicación escrito, que había permitido la publicación del contenido presuntamente atentatorio contra los derechos de otro, era corresponsable junto con el escritor ante el ofendido o respondía subsidiariamente si no lo hacía el escritor, en las plataformas digitales la propiedad del medio no responde ante el sujeto agredido. En principio, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (en adelante, LSSI) excluye a las empresas prestadoras de servicios de responsabilidad por el alojamiento de contenidos ilícitos, mientras no conste la ilicitud de estos. La jurisprudencia sobre los comentarios injuriosos proferidos en un blog, en estos momentos, veta la aplicación de la LSSI, y opta por la de la Ley de Prensa, considerando a una bitácora (un blog) en internet como medio de comunicación. Está por ver si los “muros” de Facebook y similares reciben semejante tratamiento. E igualmente está por ver cómo se le exigen responsabilidades civiles a una empresa como Twitter, que ni siquiera tiene sede física en España.

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, fueron reconocidos por la Constitución en el art. 18.1 como derechos fundamentales. La intimidad y los diversos aspectos de la vida privada, como bienes jurídicos a proteger, son muy difíciles de definir. Se ha identificado el honor con la fama, consideración, dignidad, reputación, crédito o con el sentimiento de estimación y prestigio, pero no se ha llegado a formular un concepto preciso del mismo. En la actualidad no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición del honor pues se trata de un concepto variable, dependiente de las normas y valores sociales vigentes en cada momento en una sociedad. Es lo que conocemos por “concepto jurídico indeterminado”. Así lo ha establecido el TC, entre otra en la STC 180/1999, FJ 4º: “El honor, como objeto del derecho consagrado en el art. 18.1 C.E., es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas,

valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege". Ello no obstante el TC no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que: "Ese derecho ampara la buena reputación de una persona (...) "la cual -como la fama y aun la honra - consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación, lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas" (STC 223/1992 y, recientemente, STC 76/1995).

La colisión de los derechos al honor y las libertades del art. 20.1 CE han dado lugar a una abundante jurisprudencia del TC, que ha ido evolucionando con el paso del tiempo. F. HERRERO TEJEDOR ha distinguido 3 fases en esta evolución: 1ª. En una primera fase, si se estimaba vulnerado el honor, éste prevalecía en todo caso sobre la libertad de expresión e información. 2ª). En una segunda fase, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, el TC estima que en caso de conflicto entre el derecho al honor y las libertades del art. 20.1.a) y d) CE, no ha de prevalecer necesariamente el primero sobre los segundos, ni a la inversa, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre ellos. 3ª). En una tercera fase, se afirma la posición preferencial o prevalente de las libertades del art. 20.1 CE. Ello es así para evitar que el núcleo de las libertades de expresión e información, pilares de una sociedad libre y democrática, queden desnaturalizados.

Cuando el usuario de una red social realiza un comentario sobre otro individuo y este último siente que es denigratorio o atenta contra su prestigio personal es frecuente que realice una denuncia por injurias o calumnias. En estos delitos quizás se concentra la fuente más caudalosa de conflictos entre la libertad de expresión y el honor. Con frecuencia se interponen recursos de amparo ante el TC por personas condenadas no solo por delitos de injurias y calumnias, sino también por la falta de injurias leves. También en estos casos de condenas por infracciones veniales el TC tiene que entrar en el análisis de la legitimidad o no de la condena (vid. *ad exemplum* STC n.º 76/2002, de

8 de abril). La jurisprudencia del TC ha desplazado el *animus iniurandi* como elemento nuclear de estos delitos para centrarse en el análisis de si las conductas pueden encontrar acomodo en las libertades de expresión o información. El TC ha declarado reiteradamente que la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal que ahora no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias. Esta devaluación del *animus iniuriandi* también ha sido asumida por la jurisprudencia del TS y por la doctrina. Conductas aparentemente injuriosas o calumniosas podrán pese a su tipicidad considerarse ajustadas a derecho, como modalidad de la eximente de ejercicio legítimo de un Derecho, si cumplen los requisitos constitucionales superando la prueba de relevancia pública, veracidad y proporcionalidad. En este punto debe recordarse la doctrina de las injurias formales: el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto. Por ello las expresiones formalmente injuriosas quedarán fuera del manto protector del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. No está amparado quien "al socaire de informaciones veraces, intente exclusivamente vilipendiar, humillar o simplemente insultar a las personas de forma innecesaria y gratuita" (SSTC n.º 105 y 171/1990). Pero "si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria, o la información es veraz, no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar, ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera del ámbito protegido por el art. 20.1 CE" (STC n.º 278/2005, de 7 de noviembre). Tras el CP 1995, suelen calificarse las injurias en dos grupos: las que suponen una mendaz imputación de hechos y las que implican juicios de valor. Estas dos modalidades de injuria conectan y han de armonizarse con la jurisprudencia constitucional relativa a la diferenciación entre libertad de expresión y derecho a la información, de modo que las opiniones no están subordinadas a la veracidad, sino a la proporcionalidad, mientras que las informaciones sí están sujetas a la necesaria veracidad. De hecho se ha considerado la nueva configuración de la injuria y la calumnia operadas en 1995 como una adaptación de estos tipos a la jurisprudencia constitucional. La referencia al "conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad" supone la consagración legal del concepto de veracidad acuñado por el TC. Consiguientemente, imputaciones que *ex post*

resulten ser falsas pero que *ex ante* fueron contrastadas diligentemente, resultaban verosímiles, y eran de relevancia pública deben quedar exentas de pena.

En relación con la calumnia puede decirse que no genera ningún conflicto con la libertad de expresión la falsa imputación de hechos delictivos con conocimiento de su falsedad, pues claramente queda fuera del ámbito de este derecho fundamental. Sin embargo, sí puede generar problemas la imputación de un delito hecha con temerario desprecio hacia la verdad, pues aquí podrá debatirse en el ámbito de los medios de comunicación si se desplegó una actividad suficiente de contraste de la noticia o no, conforme a los parámetros del TC. Estas mismas observaciones son aplicables a las injurias en su modalidad de imputación de hechos.

Importa recordar en este momento que la conducta de difundir una información o de emitir una opinión en un asunto de relevancia puede ser típica conforme a los delitos de injurias, o de enaltecimiento del terrorismo o de ultraje a los sentimientos religiosos, pero estará justificada y por tanto operará como causa de justificación (ejercicio de un derecho) si es ejercicio de libertad de expresión o información. La construcción del ejercicio de estas libertades como causa de justificación puede decirse que es mayoritariamente aceptada, si bien no es unánime. Lo que parece no cabrá es aplicar la eximente en su modalidad de incompleta por faltar alguno de los requisitos para considerar legítimo el ejercicio de la libertad de expresión. El Juez penal debe examinar, cuando se plantea el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, "si los hechos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos... ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta" pues "es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito" (SSTC n.º 2/2001, de 15 de enero; n.º 185/2003, de 27 de octubre). En el análisis de la aplicación del tipo penal el Juez debe valorar "si en la conducta enjuiciada concurren aquellos elementos que la Constitución exige en su art. 20.1 a) y d) para tenerla por un ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone comprobar, si de opiniones se trata, la ausencia de expresiones manifiestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar, y, de tratarse de información, que además de tener interés público, sea veraz" (STC n.º 39/2005, de 28 de febrero).

Otro delito que es frecuente encontrar en las redes sociales es el cometido con ocasión de la difusión de imágenes que pueden considerarse atentatorias contra el derecho a la intimidad. El art. 197.3 CP castiga a quienes *difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas vulnerando la intimidad de otro...* La conducta descrita en el art. 197.3 apartado segundo constituye un delito en el que está presente un uso arbitrario e ilegítimo de las libertades de expresión o información del art. 20 CE. En este supuesto penal los derechos que pueden entrar en conflicto potencialmente son la libertad de información *versus* el derecho a la intimidad. No obstante, difícilmente podrá tratar de buscarse amparo en la libertad de información ante supuestos en los que las noticias que se difunden utilizan hechos descubiertos o imágenes captadas vulnerando la intimidad de otro. No pueden, sin embargo, descartarse *a priori* supuestos en los que la relevancia de la noticia y la total desconexión del periodista con el delito precedente puedan llevar a la apreciación de una causa de justificación.

No podía faltar en nuestro catálogo de conductas conflictivas en las redes sociales aquella que consiste en verter una opinión que incita de forma más o menos directa a la comisión de un delito: la apología. Definida en nuestro Código Penal, en su art. 18, párrafo segundo, como “la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”. La apología ha sido siempre una de las figuras penales más discutidas desde la perspectiva de los derechos de libertad de expresión e información. Debe en todo caso partirse de que, como expresa la STS de 29 de noviembre de 1997, “es justo en ese límite, el que supone la expresión de coincidencias ideológicas o afinidades programáticas, donde se detiene el Derecho Penal, para así reafirmar valores esenciales del Estado Democrático de Derecho”. El CP 1995 en su redacción original trató de evitar las zonas de fricción estableciendo un concepto de apología totalmente restrictivo. En realidad, esta definición de apología suponía su práctica absorción por el concepto de provocación, y la adopción de un sistema de *numerus clausus*, pues sólo se castiga como forma de provocación y ésta sólo se sanciona cuando el CP expresamente lo prevea (art. 18.2).

Por último, es preciso hacer mención a otras conductas que pueden ser constitutivas de un delito de provocación a la discriminación contra grupos o

asociaciones. El apartado primero del art. 510 CP castiga a los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. El bien jurídico protegido en este delito es la protección del principio de igualdad y de no discriminación. El tipo se fundamentaba también a raíz de los últimos convenios internacionales suscritos por España pero se objetaba que era una nueva manifestación del denominado Derecho Penal simbólico. Se criticaba, igualmente, que la referencia a la provocación al odio era difícil de acreditar en el proceso penal, salvo que ese sentimiento se exteriorice a través de actos concretos.

La referencia a los delitos en colisión con la libertad de expresión, aludidos con anterioridad, no es exhaustiva, pues no podemos olvidar otros delitos que pueden surgir como consecuencia de un abuso de ésta, tales como las injurias al Rey, al ejército, a instituciones del Estado y a las Fuerzas de Seguridad, el enaltecimiento del terrorismo, etcétera, pero constituyen una aproximación a los más importantes y a su tratamiento por la jurisprudencia.

III. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA GALERA, María del Carmen/DEL HOYO HURTADO, Mercedes, Redes sociales, un medio para la movilización juvenil, Universidad Rey Juan Carlos, 2013, pp.111–125.

TASCÓN, M./QUINTANA, Y., Ciberactivismo, Las nuevas revoluciones de las multitudes conectadas, Madrid, Editorial Catarata, 2012.

HERRERO TEJEDOR, F. Honor, intimidad y propia imagen, 2.^a ed., Madrid, Colex, 1994.

HUETE NOGUERAS, José Javier, Delincuencia informática, en: Encuentro de la Sala Segunda del TS con jueces y magistrados del orden penal: jurisprudencia penal, Cuadernos Digitales de Formación, 32, 2011.

GAY MONTALVO, Eugeni, El derecho fundamental al honor: su contenido. Regulación normativa y doctrina jurisprudencial, en: El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. El derecho a la libertad frente al uso legítimo de la informática: planteamiento general y problemas civiles, Cuadernos Digitales de Formación, 16, 2008.

CARLÓN RUIZ, Matilde, Las telecomunicaciones y su incidencia en los derechos fundamentales o viceversa, en: Telecomunicaciones: dimensión jurídico-administrativa de sus diversas facetas y aspectos, Cuadernos Digitales de Formación, 3, 2012.

SARMIENTO ACOSTA, Manuel Jesús, El derecho al honor del particular y la libertad de expresión, Revista del Poder Judicial, nº 36, 1994.

* * * * *

La eficacia de la orden de protección en los casos de violencia de género

~Eva María Motos Buendía~

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Socia FICP.

Resumen.- La violencia doméstica es sin género de duda la mayor lacra que se da en nuestra sociedad, y la que más preocupa, problemática que viene de antaño y que el legislador en un intento de proteger a las víctimas, en su mayoría mujeres, dictó la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, después de que se concienciara de la necesidad de paliar esta situación pues el número de mujeres muertas iba en aumento; pero con el dictado de la ley después de tantos años se ha podido comprobar que no se han obtenido los resultados deseados, planteándose por los profesionales del derecho si esta ley continua siendo eficaz y si sería posible introducir otros medios como la mediación penal que pudieran resolver en mayor medida el problema de la violencia de género.

I. INTRODUCCIÓN

La orden de protección nace como herramienta jurídica tendente a salvaguardar los derechos de las mujeres, principalmente, cuando son víctimas del llamado fenómeno social “Violencia de Género”.

No es hasta al año 2003, cuando el legislador se da cuenta de la verdadera lacra social que supone la existencia de violencia en el ámbito familiar, lo que le lleva a articular mecanismos que intentan paliar o solucionar el problema, que de antaño permanecía oculto en el seno de las relaciones matrimoniales sin que a veces ni los propios familiares más cercanos supusieran del sufrimiento y padecimientos que las víctimas sufrían provocados por sus parejas.

Ante ello, se da una respuesta global tras la preocupación tanto nacional como internacional de la problemática de la violencia de Género, mediante la promulgación de Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Pero después de once años desde el nacimiento de esta medida jurídica, cabe plantearse la cuestión de su eficacia jurídica pues parece que los problemas que con su creación se intentaron evitar no han logrado impedir ni la muerte de las mujeres ni minimizar los casos de violencia de género.

II. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA PARA EVITAR LA VIOLENCIA

La protección a la víctima abarca distintos ámbitos que cooperan entre sí para que proporcionen a las víctimas la seguridad que la Constitución Española en su art. 39,

propugna como uno de los principios rectores de la política social y económica general del país, la protección de la familia en todos sus aspectos social, económico y jurídico.

Así se puede desglosar la protección en distintas clases:

- Protección Física: Evitar que el agresor pueda acercarse en el futuro a la víctima y cometer nuevas agresiones.
- Protección Jurídica: Seguridad jurídica a través de la atribución inicial de la vivienda familiar, concesión de la custodia de los hijos, establecimiento de un régimen provisional de prestación de alimentos.
- Protección Social: Prestaciones sociales por el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales. En particular se activará el derecho a obtener la Renta Activa de Inserción gestionada por el INEM.

Estos medios de protección se ponen en marcha cuando el Juez de Instrucción o el Juez de Violencia sobre La Mujer dictan la Orden de Protección que puede contener medidas penales y civiles y activas medidas de Protección Social:

- Medidas Penales: Consistentes en la prisión provisional, prohibición de aproximación, prohibición de residencia, prohibición de comunicación, otras medidas.
- Medidas Civiles: Suspensión del régimen de visitas, retirada de custodia, atribución de uso y disfrute de domicilio, fijación de prestación alimenticia, régimen de estancia.
- Medidas Sociales: La Orden de Protección se comunica a las Administraciones para activar los mecanismos de protección social en favor de las víctimas.

III. PROTOCOLO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

La celeridad, integridad y simplicidad que caracterizan la regulación de la Orden de Protección requieren la coordinación de cuantos, de un modo u otro, trabajan para proteger a las víctimas de la violencia doméstica, consiguiendo así que la sola solicitud de amparo despliegue la totalidad de los mecanismos previstos en el Ordenamiento Jurídico.

Esa coordinación interinstitucional ha fundamentado la creación de la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección, prevista en la Disposición Adicional 2ª de la Ley reguladora de esta Orden. Comisión de seguimiento que está formada por representantes del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, Asuntos Sociales, las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España.

La comisión de seguimiento que se creó para la implantación de la orden de protección diferencia tres momentos a la hora de tramitar la Orden de Protección:

- Fase de solicitud: es imprescindible facilitar a la víctima el acceso a la información y a los formularios de la Orden de Protección, así como arbitrar canales de comunicación ágiles.
- Fase de adopción de la Orden: se debe garantizar la coordinación de quienes intervienen en el proceso.
- Fase de notificación y ejecución: las administraciones competentes en materia de asistencia y protección social (tanto a nivel autonómico como local) deben asumir un especial protagonismo en esta fase.

Asimismo, en el Protocolo Para La Implantación De La Orden De Protección De Las Víctimas De Violencia Doméstica se define las fases para la tramitación de la orden de protección:

- 1.- Fase inicial: solicitud de la orden de protección
 - 1.1.- Solicitud de orden de protección
 - 1.2.- Información fácilmente accesible para la víctima
 - 1.3.- Lugar de presentación de la solicitud
 - 1.4.- Intervención del juzgado de guardia
 - 1.5.- Intervención de la policía judicial
 - 1.6.- Remisión del atestado al juzgado de guardia
- 2.- Fase de adopción de la orden de protección

- 2.1.- Incoación de proceso penal
- 2.2.- No concurrencia de varias órdenes de protección
- 3.- Notificación y ejecución de la orden de protección
 - 3.1.- Medidas penales y de seguridad
 - 3.2.- Medidas civiles
 - 3.3.- Coordinación entre las jurisdicciones penal y civil
 - 3.4.- Medidas de asistencia y protección social
 - 3.4- Oficinas de atención a la víctima
 - 3.5- Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica
 - 3.6.- Administración penitenciaria
- 4.- Asistencia jurídica y representación procesal
- 5.- Divulgación de la orden de protección
- 6.- Formación.

Pero este no es el único protocolo que existe, pues las comunidades autónomas también han creado sus propios protocolos para intentar paliar y ayudar a este fenómeno social que cada día es más frecuente en nuestra sociedad y cada vez la violencia empieza a más temprana edad; así podemos destacar el Protocolo del Punto de Coordinación de las Órdenes de Protección de febrero de 2011 de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

IV. ¿ES EFICAZ LA ORDEN DE PROTECCIÓN?

La normativa existente creada para paliar el problema social de la violencia sobre las mujeres, ha sido modificada y adaptada en cada momento para intentar solucionar y erradicar esta lacra social, pero parece que las diversas leyes no han conseguido su objetivo, sino más bien lo contrario pues el establecimiento de una orden de protección o la privación de libertad aunque sea momentánea, provoca que el presunto agresor aparezca o aumente un sentimiento de venganza tanto hacia la víctima como hacia el resto de la sociedad.

Las órdenes de alejamiento son decisiones que cambian la vida de las personas, y que en la mayoría de los casos, suponen el alejamiento de un hombre de la mujer que

denuncia (93% de los casos), la prohibición de comunicarse con ella (89%), la salida del domicilio conyugal (20%), el ingreso en prisión, la suspensión de la tenencia de armas o la prohibición de volver al lugar en el que se cometió el delito.

Con o sin orden de protección, las mujeres siguen muriendo y el sistema judicial y policial se demuestra ineficaz para combatir esta lacra, pese a que España es uno de los países en que se producen menos crímenes por violencia machista. Un estudio del Instituto Universitario para el Estudio de la Violencia revela que en el año 2006 hubo una media de 2, 8 homicidios por cada millón de mujeres, por detrás de Italia y Noruega (3, 7), Reino Unido (4, 2), Francia (5, 2), Finlandia (9, 3) o Austria (9, 4). El Código Penal español prevé penas mucho más duras que las de otros países para la violencia machista.

Otro factor que afecta la eficacia de dichas órdenes, es que la mayoría de las mujeres-victimas vuelven a convivir con su pareja, pese a haberle denunciado unos días antes y obtener una orden de alejamiento que también la obliga a ella a cumplirla. Ese regreso (derivado en muchos casos de la dependencia emocional de su agresor y por falta de medios económicos que sufren las mujeres) se puede convertir en un riesgo letal. Cada muerte de una mujer que tenía una orden de protección supone un fracaso del sistema, pero la última mujer asesinada y a una hermana de ésta en España, el pasado mes de enero en Elche, donde el presunto asesino había sido denunciado en agosto de 2013.

V. POSIBILIDAD DE IMPLANTAR LA MEDIACIÓN PENAL EN LA ORDEN DE PROTECCIÓN

La mediación relacionada con el proceso penal carece, con la única excepción del art. 19.3 Ley 5/2000, de 12 de enero, de toda referencia normativa. En consecuencia podría decirse que, con la salvedad apuntada, la mediación no cabe en este orden jurisdiccional. La realidad, en cambio, pone de manifiesto que, aunque a título experimental, se están desarrollando ciertos intentos de mediación penal. Por eso se afirma que la mediación penal “vive en un clima de alegaldad” o en el “más absoluto limbo legal” (Martín Diz) y que la misma es posible gracias a una interpretación flexible de las principales normas sobre el proceso penal.

Pero tampoco existe una norma expresa de prohibición, salvo en el caso de los delitos de violencia de género a tenor de lo que dice expresamente el art. 44.5 de la Ley

Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia sobre la mujer (“En todos estos casos está vedada la mediación”, en referencia a la competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer). La pregunta que surge al hilo de esta norma es ¿acaso esta prohibición expresa significa que en términos generales sí cabe dicha posibilidad?

En el día a día de los juzgados de Violencia sobre la Mujer se da el hecho de que pese al asesoramiento legal que tienen las víctimas, a través de 112 o como ocurre en Murcia, donde se ha creado un Protocolo de Asistencia a Víctimas de Violencia de Género de la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a través de los letrados adscritos al Turno Especial de Víctimas de Violencia de Género, acuden con ellas hasta las dependencias policiales para asesorar e informar sobre las consecuencias de interponer denuncia pues con la misma se pone en marcha un tren que a veces es complicado detener.

En estas ocasiones, y después de que se calmen el acaloramiento de los hechos, cuando las víctimas llegan a ratificar o aclarar los acontecimientos descritos en su denuncia, se produce la circunstancia de que algunas denunciadas no quieren continuar con el procedimiento manifestando que solo querían dar un escarmiento a su pareja, o incluso cuando ya ha terminado el proceso comparecen tanto víctima como agresor juntos para manifestar que desean reiniciar su vida en común y quieren como ellos manifiestan “que les quiten la orden de alejamiento”; provocando así sin ser conscientes el delito de quebrantamiento de condena, a la que vienen obligados tanto agresor como víctima.

Por eso, vez dictada la orden judicial, el intento de la reconciliación, debe ser tutelada, y es a través de la mediación penal como se podría tratar de afrontar. La mediación es considerada como la forma más innovadora de abordar los problemas ligados a cierto tipo de conflictos, la mediación puede proporcionar los instrumentos eficaces para enseñar, educar, todo esto desde el control extrajudicial de lo que representa la Orden de Protección, y dar el tratamiento adecuado para confirmar la voluntariedad de la decisión de la víctima y su pareja lejos de la incomodidad o indiscreción de los Juzgados, máxime cuando hay que ser conscientes que no por ser especializados los Juzgados de Violencia contra la mujer ni los Juzgados de Instrucción, ni tan siquiera los Juzgados de Familia están acondicionados o adaptados como para tratar con sensibilidad este problema, aunado a esto el hecho de que para los

funcionarios su presencia en los Juzgados solo constituye un día a día de trabajo y que no tienen la preparación adecuada en esta materia.

Con la aplicación de la Mediación como herramienta fundamental, que es algo que está siendo reclamado con «urgencia» por diversos estamentos sociales y judiciales, es por donde se podría tratar de atajar este grave problema no solo de violencia doméstica, y en donde no haya casos de muerte, sino también de violencia en general. Y es que con un tratamiento desjudicializado se devolvería el principal protagonismo a la víctima, y se lograría una real y efectiva protección a ésta, dado que haría difícil una posterior agresión, ya que el mencionado tratamiento serviría de freno y control del autor y también de la víctima, buscándose un efectivo equilibrio entre ambos, un equilibrio emocional que no siempre es bienvenido en los ámbitos judiciales que muchas de las veces llega hasta molestar al escuchar y observar estas emociones, porque es imprescindible hacer notar que el delito no solo produce en la víctima daños de índole económico sino que conlleva otros daños colaterales muchas veces más importantes y graves, como son las perturbaciones psicológicas o emocionales, miedos, angustias, etc., un daño que pocas veces es percibido e interpretado por los intervinientes en un proceso, y que hacen que la víctima lo sea aún más y su perplejidad sea muchas veces patente¹.

Así, la Consejería de Justicia e Interior viene colaborando desde el año 2007 en varios proyectos de mediación en el ámbito penal de adultos mediante convenios de colaboración, cuyo desarrollo sigue vigente gracias a la participación activa de los jueces, fiscales y entidades implicados en los mismos.

Estos proyectos nacen a iniciativa del Consejo General del Poder Judicial, a través del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial, siendo su objetivo poner en marcha en distintos Juzgados de España una experiencia cuya finalidad es valorar la viabilidad de la mediación en el ámbito del proceso penal.

Actualmente en la Comunidad Autónoma de Andalucía se están desarrollando los siguientes proyectos, cuyo coste para el ciudadano es totalmente gratuito:

¹ PÉREZ GINÉS, Carlos Alberto, Secretario Judicial. La mediación penal en el ámbito de la violencia de género «o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento», Diario La Ley, Nº 7397, 7 de Mayo 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

- **En Cádiz:** están implicados los Juzgados de lo Penal n.º 1, n.º 2, n.º 3, n.º 4, y n.º 5 y la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, siendo la Federación Andaluza ENLACE la que realiza las actividades propias de la mediación.
- **En Málaga:** existen cuatro convenios con distintas entidades mediadoras (Asociación Mediamos; Asociación Malagueña para el Fomento Integral de la Mediación en Andalucía AMFIMA; Asociación Solucion@; Asociación Intermedia) siendo los participantes los Juzgados de Instrucción n.º 7, n.º 12, n.º 13 y n.º 14 y los Juzgados de lo Penal n.º 4, n.º 7, n.º 8 y n.º 10.
- **En Sevilla:** convenio con la Entidad "AMEDI" para desarrollar el proyecto en los Juzgados de Instrucción n.º 9 y Penal n.º 9 de Sevilla; y de Instrucción n.º 7 de Dos Hermanas.

Un ejemplo de sentencia dictada en el seno de este proyecto de mediación penal es la dictada por el Juzgado de lo Penal número tres de Jaén, en el Procedimiento Abreviado Núm. 74/07, donde después de entrevistarse con el acusado y la perjudicada, la mediadora logró que ambos tuvieran un encuentro y llegaran a un acuerdo, en el que el Sr. xxxxxxxxx reconoció los hechos, mostró su arrepentimiento, pidió perdón a su madre, Dña. xxxxxxxx, y hermana, Dña. xxxxxxxxxxxxxxxx, y se comprometió a continuar el tratamiento de desintoxicación del alcohol que está siguiendo en el CPD de Villacarrillo, lo que se propuso por ambas partes como fórmula de reparación. Las Sras. xxxxxxxxx, madre y hermana, respectivamente, del acusado, aceptaron disculpas que les ofrecía aquel y reconociendo que dichos episodios de violencia habían tenido lugar por el problema de alcoholismo crónico que tiene aquel se dieron por reparadas con que el acusado continuara su rehabilitación de su adicción al alcohol y no lo abandonara hasta su total recuperación. D. xxxxxxxxx se ha comprometido a continuar el tratamiento de rehabilitación de su adicción al alcohol iniciado en el CPD de Villacarrillo y no abandonarlo hasta su total recuperación.²

VI. OTRO MECANISMO DE PROTECCIÓN PARA LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA

La orden de protección europea nace con la entrada en vigor de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, publicada en el diario oficial de la Unión Europea en fecha 21 de diciembre de 2011.

² Sentencia del Juzgado núm. Tres de Jaén, P.A 74/2007.

En el artículo 2 de la citada directiva se establece el significado de lo que es la orden de protección europea, así:

... orden europea de protección», es una resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro Estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio Derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida.

La gestación de esta nueva norma fue complicada. En su origen responde a una iniciativa del gobierno español, durante la presidencia española de la UE, que estaba prevista para las víctimas de violencia de género y doméstica y se extendía no sólo a las medidas de protección de carácter penal, sino también a las medidas civiles. La propuesta inicial tuvo un camino difícil, por las dificultades técnicas derivadas de las diferencias entre los distintos Estados para abordar este problema. En algunos países el sistema de protección de víctimas tiene una base penal y las medidas las dicta una autoridad penal, mientras que en otros la protección se orienta por la vía administrativa o por la vía civil. Por otro lado, el principal obstáculo derivaba de que el título competencial elegido: cooperación penal, no facultaba para legislar sobre cuestiones relativas a la violencia de género.³

El ordenamiento jurídico español para incorporar esta directiva, junto a otras, a nuestra legislación promulga la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, siendo el Título VI donde se regula la transmisión y ejecución en otro Estado miembro de una orden europea de protección. Esta regulación permite que las medidas de protección adoptadas a favor de una víctima, la acompañen en cualquier lugar de la Unión Europea al que se desplace, ocasional o permanentemente. El causante de este peligro también tendrá que enfrentarse con las consecuencias del incumplimiento de esta orden europea⁴.

Tres son los requisitos que la directiva exige para que pueda adoptarse esta orden de protección europea los cuales vienen recogidos en el artículo 1 y 2 del artículo 6 de la Directiva y que son desarrollados en el artículo 130.2 de citada Ley:

³ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, La Orden Europea De Protección De Víctimas De Delitos. Análisis De La Directiva 2011/99/UE, Recurso electrónico disponible en: <http://hdl.handle.net/10115/12122> [publicado el 5 de marzo de 2014]

⁴ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Boletín Oficial del Estado, 21 de noviembre de 2014.

Primero.- “Que se haya dictado una resolución judicial penal adoptando la medida de protección, tanto si se trata de medidas cautelares impuestas como de penas privativas de derechos que, por su contenido análogo, persigan idéntica finalidad de protección de la víctima”.

Tal como se ha indicado en relación a la naturaleza de la OEP, el primer requisito para emitir la misma es que se haya adoptado previamente a favor de la víctima solicitante una medida de protección que contemple alguna de las prohibiciones referidas en el art. 130.2 del Proyecto, pudiendo tratarse, como antes se ha expuesto, tanto de un auto de medidas cautelares como de una sentencia de condena.

Segundo.- “Que la víctima resida, permanezca o tenga intención de hacerlo en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Tercero.-Que la víctima solicite la adopción de la orden de protección, por sí misma o a través de su tutor o representante legal.

Con esta Directiva y con esta Ley lo que se pretende en definitiva es que, después de la firma del Tratado de Ámsterdam, donde fijaron la bases para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia común, las resoluciones dictadas en un Estado Miembro tenga un reconocimiento mutuo en otro Estado Miembro y conseguir que la medidas adoptadas para la protección de la victimas las sigan en el lugar del espacio europeo en que se encuentren ya sea de forma casual o duradero.

VII. CONCLUSIONES.

El Estado Español es pionero en la lucha y en la exterminación de la mayor lacra social, conocida como violencia doméstica, para ello dicto hace más de 10 años la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, ley que a lo sumo ha minorado los casos de mujeres asesinas por su pareja o ex marido, su marido o ex marido, su novio o ex novio, pero en ningún caso ha conseguido que la sociedad se conciencie y se eduque de la situación real que en la actualidad viven las mujeres que son agredidas, por ello parece que la eficacia del establecimiento de la orden de protección no conlleva a una resolución satisfactoria del problema, habiéndose planteado por los operadores jurídicos si podría intentarse otros instrumentos como la mediación penal para concretar cual es realmente el problema que lleva a que las mujeres sufran agresiones con la consecuencia para irreversible de este ataque, como es la muerte de las víctimas.

Por lo otro existe en el marco europeo conciencia social de la problemática existente en los países de la Unión Europea, lo que ha concluido con la implantación de la denominada orden de protección penal.

* * * * *

Organización criminal y grupo criminal en la regulación penal actual. Análisis de la jurisprudencia reciente.

~M.^a Jesús Muñoz Company~

Abogado Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Alicante.
Socia FICP.

Resumen.- Tanto la organización criminal como el grupo criminal han sido introducidos como tales figuras delictivas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, como formas de concertación criminal diferenciadas, en aplicación de las disposiciones comunitarias, que recogieron los requisitos que debían cumplir aquellas y que no coincidían en su totalidad con los establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a dicha reforma, ni con la regulación existente del delito de pertenencia, integración y participación en una organización criminal en el artículo 515 del Código Penal. Conviene analizar dichos elementos y su análisis jurisprudencial posterior, para comprobar cómo han venido siendo aplicados estos delitos por parte de los tribunales.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo un nuevo Capítulo VI en el Título XXII, dentro del Libro II del Código Penal, compuesto por los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, en respuesta a la lucha contra la criminalidad organizada, que ha visto incrementada de forma muy importante su actuación tanto en al ámbito nacional como en el transnacional, siendo necesaria una regulación uniforme entre los distintos estados miembros de la Unión Europea para poder combatirla de una forma más eficaz y eficiente.

La criminalidad organizada se caracteriza por las siguientes notas¹:

1. La existencia de objetivos comunes, siendo normalmente el fin último de la organización, el lucro ilícito.
2. La división de funciones, que conlleva a su vez, una profesionalización y una especialización de sus miembros, con el fin de conseguir una mayor eficacia.
3. La estructura, con un ensamblaje vertical o jerárquico, u horizontal, con códigos de actuación o de conducta, que facilita la permanencia de la organización y la coordinación de sus actividades para la mejor consecución de sus fines.
4. Un sistema de toma de decisiones jerárquico y centralizado.
5. Cohesión entre los miembros de la organización, basado bien en la consecución de unos mismos fines ilícitos, o bien en la consecución de unas mismas ideas.

¹ LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales, Revista de Jurisprudencia. El Derecho, 3.

6. Tendencia a la autoconservación por encima de la renovación de sus miembros, y donde la capacidad de permanencia es mayor cuanto más compleja sea la organización en cuanto puedan seguir manteniéndose los objetivos marcados.

En el campo criminológico se ha puesto de manifiesto la complejidad del concepto de “criminalidad organizada”², porque detrás de esta denominación se esconde una multiplicidad de fenómenos y de realidades muy distintas. Si en un principio siempre se han relacionado estas actividades delictivas con el tráfico de sustancias estupefacientes, el terrorismo y el blanqueo de capitales; lo cierto es que, cada vez con mayor frecuencia, son de aplicación a las bandas latinas (“Latin Kings”, “Ñetas”; “Trinitarios”, etc.), y al contrabando, tráfico de personas y la trata de seres humanos, secuestros, extorsiones, y a una nueva forma de organización para la comisión de delitos contra la propiedad, ya sea al más alto nivel, con robos de automóviles, en casas habitadas o establecimientos de artículos de lujo, o bien perpetrando de forma reiterada faltas de hurto en los metros o en las aglomeraciones de las grandes ciudades (actividad desarrollada por las denominadas “descuideras”), formándose verdaderas organizaciones compuestas incluso por menores de edad, que, debidamente adiestradas llevan a cabo estas acciones.

Junto con las notas características de estructura organizada y jerarquizada y reparto de tareas, que hemos enumerado anteriormente, la Fiscalía General del Estado³ ha establecido unas pautas a partir de las cuales considera que nos encontramos ante el crimen organizado. Así, si se dan como mínimo seis de estos indicadores, se considerará delincuencia organizada: existencia de un grupo de personas más o menos numeroso; actuación prolongada en el tiempo; comisión de actos delictivos graves, con métodos complejos de ejecución y uso de altas tecnologías; actuaciones transnacionales o intensa movilidad dentro del territorio del Estado; uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave; utilización de instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales; blanqueo de capitales; influencias sobre cargos públicos o personas que desempeñen sus funciones en la esfera política, medios de comunicación, funcionarios públicos y/o de la Administración de Justicia mediante la corrupción; y, finalidad primordial de obtención continuada de beneficios económicos o de cualquier forma de influencia social, política o económica.

² Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 2

³ Circular 2/2011, p. 3

Era necesaria, pues, una nueva regulación, diferente de la existente en el artículo 515 del Código Penal, que recogía la tipificación de las asociaciones ilícitas, que no se adaptaba a la regulación europea del concepto de criminalidad organizada, como vamos a analizar a continuación.

II. REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y GRUPO CRIMINAL

1. Antecedentes legislativos comunitarios

Primero el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada, Resolución de 20 de noviembre de 1997, que se concreta en la Acción Común 98/7337JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva de los Estados miembros de la Unión Europea; y, después, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril, que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, (la denominada Convención de Palermo), establecen una nueva regulación en el ámbito europeo dirigida a combatir la nueva delincuencia organizada. Regulación que fue después reforzada por la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor el 11 de noviembre de 2008, dejando sin efecto la Acción Común 98/733/JAI, y que busca la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y de las resoluciones judiciales.

En el artículo 2 de la citada Convención de Palermo se establecen las siguientes definiciones:

- En el apartado a) por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
- En el apartado c) por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no

necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Como veremos, el Tribunal Supremo⁴ ha establecido que el primer concepto de grupo delictivo organizado se corresponde con la definición de organización criminal en el artículo 570 bis del Código Penal, y el de grupo estructurado, con el de grupo criminal del artículo 570 ter del mismo texto legal.

La Decisión Marco 2008/841/JAI entiende en su artículo 1 por “organización delictiva” una asociación estructurada de más de dos personas establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad con un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Y define la “asociación estructurada” como una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada. Ambos conceptos también se asemejan al de organización criminal y grupo criminal recogidos en la actual regulación española y que pasamos a analizar. Esta Decisión Marco impuso la reforma de nuestra legislación penal para adaptarnos a los criterios armonizados del Derecho Penal Europeo.

2. Regulación conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 explica el objeto de la reforma en relación con la delincuencia organizada, al afirmar que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquellas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el

⁴ STS 4829/2014, de 21 de octubre de 2014.

normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado. La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones.

El artículo 570 bis define la **organización criminal** como “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como la perpetración reiterada de faltas”. Puede apreciarse en una primera lectura, que concurren los elementos que anteriormente hemos analizado como indispensables para hablar de delincuencia organizada, y también, que efectivamente existe una similitud evidente con el concepto de grupo delictivo organizado recogido en la Convención de Palermo.

Las notas características de la organización criminal son pues la existencia de una pluralidad subjetiva (más de dos personas), que se asocia para la realización de una determinada actividad; de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, debiendo existir una estructura jerárquica y disciplinaria, con sometimiento de sus miembros a las decisiones de los superiores; una consistencia o permanencia y con un fin que se centra en la comisión de delitos como producto de una “voluntad colectiva”⁵, superior y diferente a la voluntad individual de cada uno de sus miembros.

Estamos ante un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado necesariamente por tres o más de tres personas, diferenciándose entre los que promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren la organización, frente a los que meramente participaren activamente en ella, o formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma. El concierto o la coordinación entre los integrantes de la organización es el elemento estructural de este delito y resulta clave para entender la tipificación de esta conducta, dado que existe un consenso generalizado con relación a que la organización del grupo representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o incluso, la actuación

⁵ Circular 2/2011, p. 11.

conjunta no coordinada⁶. Normalmente, el reparto lógico y coordinado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta, aumentando las posibilidades de conseguir con éxito el fin ilícito perseguido, resultando igualmente esencial para la consecución de dicho fin, la permanencia y estabilidad de la organización.

El elemento tendencial supone que la organización ha de tener por objeto la comisión de delitos, la realización de acciones violentas, reiteradas e indiscriminadas y que la clase de los delitos que pretenden cometer ha de ser de naturaleza grave, pero en caso de que exista un plus de gravedad estaremos ante una conducta agravada; incluyéndose a modo de excepción, la perpetración reiterada de faltas, en clara alusión a la comisión repetida y reiterada de las faltas de hurto por las organizaciones que se dedican a ello de manera exclusiva, conectoras de la escasa pena con la que dichas conductas se encuentran castigadas en nuestro Código Penal.

La redacción del artículo 570 elude dos de los requisitos recogidos en las normas internacionales (la agrupación de personas que tenga como fin la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad sea de carácter económico y/o material), buscando así un concepto más amplio con el fin de incluir la reiteración en la comisión de las faltas, dado que la lucha contra este tipo de delincuencia es uno de los objetivos de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, en la que se impuso la pena de localización permanente en todo caso, para los condenados como autores de la falta de hurto reiterado.

Las conductas típicas integradas en este tipo no se circunscriben sólo a la preparación y planificación de una pluralidad de actividades delictivas sino que también alcanzan aquellos comportamientos dirigidos a la creación y mantenimiento de la misma organización, siendo la mera participación o integración en la misma igualmente punible. Se trata de un tipo independiente de los delitos que pudieran cometerse aprovechando esta estructura criminal organizada, por lo que, de cometerse alguno, estaríamos ante dos injustos penales distintos: uno, el de pertenencia a la organización, y otro, el del delito cometido. Son delitos de peligro abstracto respecto del bien jurídico general protegido, que no es otro que el orden público, referido a la estabilidad social como base misma de la democracia, y delitos de peligro concreto respecto de los delitos

⁶ GARCÍA DEL BLANCO, V., Organizaciones y Grupos Criminales, Memento Experto. Reforma Penal 2010, p. 558.

que persigue cometer la actividad criminal organizada. La pertenencia a la organización criminal es un delito de carácter permanente y de mera actividad, que se extiende en el tiempo desde el ingreso en la organización hasta que se produce el apartamiento del sujeto de la misma.

La consumación tiene lugar desde el momento en el que se realiza alguna de las conductas típicas, sin que sea necesario que se ejecuten ni que se inicien siquiera las actividades delictivas que son objeto de la ilícita actuación de la organización criminal.

Las conductas típicas son la promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de la organización criminal y la participación activa en ella o la cooperación económica o de cualquier otro tipo con la misma; diferenciándose en ambos casos a efectos de pena, si se tuviere como finalidad la comisión de delitos graves o no. En el apartado segundo del artículo 570 bis se recogen las conductas agravadas, que son castigadas con la pena prevista en el apartado anterior impuesta en su mitad superior, y ello será para aquellos casos en los que la organización esté formada por un elevado número de personas, o disponga de armas o instrumentos peligrosos, o disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. Para el caso de que concurren dos o más de estas circunstancias, se impondrán las penas superiores en grado. Se impondrán las penas en su mitad superior si los delitos que se cometieren por la organización criminal fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

Por **grupo criminal** se entiende (artículo 570 ter)

... la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

Se trata de una figura de carácter residual frente a la de la organización criminal, ya que comparte con ella el hecho de estar formada la unión de más de dos personas y por tener como finalidad la comisión concertada de delitos o la perpetración reiterada de faltas; pero, puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de la infracción criminal a la que oriente su actividad delictiva careciendo de una estructura organizativa perfectamente definida, o bien puede contar con una estructura organizativa interna pero carecer de estabilidad, por no perpetuarse en el tiempo. Lo decisivo es la existencia de

concierto entre una pluralidad de personas para el desarrollo de un proyecto criminal, lo que posibilita el desarrollo de un plan delictivo de manera independiente de las personas que integran dicho proyecto, ya que es esto lo que dificulta la prevención y la persecución de los delitos cometidos por el grupo criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad.⁷

Se trata de un delito doloso, al igual que el de organización criminal, y por tanto requiere que el sujeto activo conozca el carácter ilícito del grupo, y a pesar de ello, actúe con la intención específica de que su aportación favorezca tanto al grupo como a la consecución de los fines delictivos del mismo.

Las conductas típicas consisten en constituir, financiar o integrar un grupo criminal, y son castigadas con mayor o menor pena, dependiendo de si la finalidad del grupo es la comisión de delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, distinguiendo a su vez si son delitos graves o menos graves; cualquier otro delito grave o menos grave, o la perpetración reiterada de faltas. Se recogen igualmente, las mismas conductas agravadas que se detallan para las organizaciones criminales.

Por último, considero que es importante **diferenciar el delito de organización y grupo criminal de la codelincuencia**, como también ha realizado la Jurisprudencia y veremos a continuación. Así, debemos entender por codelincuencia o coautoría, aquellos supuestos en los que la comisión del delito tiene lugar por varios sujetos en los que concurren los requisitos que han sido desarrollados de forma constante por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸ y que son los siguientes:

- Que alguien haya dado comienzo a la ejecución del hecho.
- Que después, otro u otros ensamben su actividad a la del anterior autor para lograr la consumación del delito, cuya ejecución ha sido iniciada por aquel.
- Que los que intervienen en segundo lugar ratifiquen con su actuación la realizada por el primero, sin que baste el mero consentimiento.
- Que cuando intervienen los segundos aún no se haya producido la consumación de los hechos.

⁷ Circular 2/2011, p. 21

⁸ SSTs. 158/2014 de 12-3, 927/2013 de 11-12 y 878/2013 de 3-12.

- Que concurra el elemento subjetivo de común conocimiento y voluntad de actuación en todos los partícipes de los hechos, y que concurra igualmente dolo directo o dolo eventual en la actuación de todos ellos.
- Que concurra el dominio funcional de los hechos en todos ellos y no el mero acuerdo previo, ya que de otro modo se aplicaría indebidamente el concepto de autor.

Es necesario también diferenciar la coautoría de la cooperación o de la participación, y para ello hay que fijarse en el carácter subordinado o no, del partícipe a la acción del autor. Así, será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio en la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría, y existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la "conductio sine qua non"), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito, retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), pero, en todo caso, será necesario que este partícipe en la acción del autor material se hubiese representado no solo la posibilidad sino aún la probabilidad de que en el iter realizado por éste pudiese llegar a la comisión del delito en cuestión, siendo necesario por tanto cuando menos la concurrencia del dolo eventual.

Los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal de los supuestos de codeincuencia o ejecución del delito por una pluralidad de personas, son los siguientes⁹:

- El acuerdo de voluntades ha de contar con una anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados y ha de estar dotado de cierta continuidad temporal, superior a la simple u ocasional consorciabilidad para la comisión de un delito.
- La transcendencia del acuerdo de voluntades ha de ir más allá de concreto hecho ilícito que se vaya a cometer.
- Debe existir una distribución concreta de tareas a desarrollar.

⁹ Circular 2/2011, p. 25.

- Debe existir una mínima estructura criminal, presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada.
- Y, como tal organización o grupo criminal, deben emplearse los medios que sean más idóneos a los planes de los mismos.

Sin embargo, en la práctica, es complicada la diferenciación sobre todo entre grupo criminal y codelincuencia, lo que ha motivado un concreto análisis jurisprudencial, como veremos a continuación.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL ANTERIOR Y POSTERIOR A LA REFORMA

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introduce el concepto de organización y grupo criminal, entendía por organización criminal, sobre todo a los efectos de lo dispuesto en el artículo 369 de Código Penal, en los delitos contra la salud pública, aquella en la que concurrían los siguientes elementos:

1. Existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida.
2. Empleo de medios de comunicación no habituales.
3. Pluralidad de personas previamente concertadas.
4. Distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones.
5. Existencia de una coordinación.
6. Estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido, aunque cabe la organización de carácter transitorio.

Lo que se trataba de perseguir es la “comisión del delito mediante redes mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión”.¹⁰

¹⁰ STS nº 293/2011, de 14 de abril de 2011.

Esos mismos requisitos fueron detallados por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2006 sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada, en la que se recogían como elementos para considerar que se estaba ante una organización criminal los siguientes: pluralidad de personas; estructura interna, establecida normalmente mediante la existencia de criterios de jerarquía y división funcional; vocación de cierta permanencia temporal y actuación concertada¹¹.

En la Sentencia nº 637/2014 del Tribunal Supremo de fecha 23 de septiembre de 2014, de la que es ponente Andrés PALOMO DEL ARCO, se hace un análisis de la Jurisprudencia anterior a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, sobre todo en el marco de los delitos de tráfico de drogas, en los siguientes términos: "... la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes. Al referirse a la exigencia de una estructura más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, y al hacer mención de un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles, se flexibilizaba la exigencia de estos requisitos, de modo que se hacía posible incluir en el concepto, por imposición de la literalidad del texto legal, las agrupaciones de carácter transitorio.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la tan citada reforma, la estabilidad pasa a formar parte de los requisitos que se exigen para la existencia de una organización criminal; y, para la apreciación de la misma

no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre sus miembros con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de delincuencia o, incluso, de grupos criminales,

¹¹ Circular 2/2011, p. 7.

tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 689/2014, de 21 de octubre de 2014, de la que es ponente Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

Como recoge Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON, ponente en la Sentencia nº 576/2014, de 18 de julio de 2014:

la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos dos requisitos o cuando concorra uno solo. De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.

Tampoco se requiere para poder acoger un supuesto de organización que ésta se encuentre provista de medios muy sofisticados de comunicación y de transporte, porque en la nueva regulación ya se recoge esta circunstancia como un subtipo agravado del artículo 570 bis 2 c); aunque sí que debe contar con medios de una cierta entidad para poder alcanzar una actividad delictiva superior a la que tendría un grupo criminal o un supuesto de una mera coautoría¹².

Sin embargo, se ha advertido por el Tribunal Supremo que por la jurisprudencia menor se está incurriendo en el error de utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización criminal, incluyendo dentro del mismo supuestos que son realmente grupos criminales; y en el de exigir los requisitos de la organización criminal para apreciar la existencia de un grupo criminal, con lo que en ambos casos, se está vaciando de contenido al grupo criminal, dejando de aplicarse en muchos de los supuestos en los que concurre de forma efectiva. En el grupo criminal no han de darse ni la estabilidad ni el reparto de tareas, o bien, puede concurrir uno de estos elementos, pero en ningún caso los dos. La pertenencia a un grupo criminal exige una actuación concertada de más de dos personas, concebida para la perpetración de delitos; no se trata de una forma de participación en el delito de otro, siendo “un delito autónomo que, una vez acreditado, no exime a la acusación de probar, conforme a las reglas generales, la autoría o participación en el resto de las infracciones que hayan sido ejecutadas por los demás integrantes de la estructura grupal que se ha puesto al servicio del delito”, como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 646/2014, de 8 de octubre de 2014, de la que es ponente Manuel MARCHENA GÓMEZ.

¹² STS nº 1035/2013, de 9 de enero de 2014.

La diferenciación entre los supuestos de codelincuencia y grupo criminal también ha sido analizada por la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³, teniendo que estar a los criterios establecidos en las disposiciones internacionales que integran los precedentes de la regulación actual de estas figuras y que hemos analizado al inicio de esta exposición. Así, si nos encontramos ante un supuesto en el que existe una agrupación de sólo dos personas estaríamos ante codelincuencia; y además, cuando, estando integradas por más de dos personas, se hubiera formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, o cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico, debiendo de valorarse en cada caso concreto la finalidad del grupo o de la organización, analizando las concretas circunstancias.

IV. CONCLUSIONES

Era necesaria la reforma llevada a cabo en el ámbito de la criminalidad organizada, por la Ley Orgánica 5/ 2010, de 22 de junio, además de venir impuesta por las disposiciones legales europeas, que requerían dicho cambio con la intención de homogeneizar el derecho penal europeo en este ámbito, y garantizar así una mayor concreción y esfuerzo por parte de todos los países contra la delincuencia organizada transnacional, que tanto se ha visto incrementada en los últimos tiempos.

También era necesaria la interpretación jurisprudencial de las nuevas figuras delictivas de organización y grupo criminal, y su diferenciación con la codelincuencia, sobre todo a la vista de la aplicación que de aquella regulación se estaba haciendo por la jurisprudencia menor, vaciando en muchas ocasiones, la figura del grupo criminal, incluyéndolo dentro de la de organización criminal, o calificándolo como mera coautoría. Se trata de delitos autónomos que, de concurrir los elementos que hemos estudiado, deberán ser aplicados con independencia de los delitos concretos cometidos por aquellos grupos u organizaciones criminales, como consecuencia de la mayor gravedad de su actuación y la mayor dificultad también para ser perseguidos.

Habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto, pero no se debe dejar pasar la oportunidad de estudiarlas y analizarlas detenidamente, y, aplicarlas en caso de darse ya sea a gran escala en una compleja organización criminal o ya lo sea a una menor escala, en un grupo criminal dedicado a la perpetración reiterada de faltas de

¹³ STS nº 575/2014, de 17 de julio de 2014; STS nº 576/2014, de 18 de julio de 2014.

hurto, para así combatir con todos los instrumentos del Estado de Derecho a la criminalidad organizada.

V. BIBLIOGRAFÍA

Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

GARCÍA DEL BLANCO, V. Organizaciones y Grupos Criminales, Memento Experto. Reforma Penal 2010.

LUZÓN CÁNOVAS, M., La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales, Revista de Jurisprudencia. El Derecho, Nº.3.

* * * * *

El responsable a título lucrativo

~M.^a Teresa Pedrós Torrecilla~

Fiscal Sustituta, Murcia. Socia FICP.

Resumen.- La figura del partícipe a título lucrativo está prevista en el artículo 122 del Código Penal, y pese a su ubicación dentro del Título que se ocupa de la responsabilidad civil, no puede ser considerada como una responsabilidad derivada del delito, sino como una obligación civil que tiene su fundamento en la prohibición del enriquecimiento injusto. Su proximidad a los delitos de encubrimiento y de blanqueo de capitales, incluso también a otras figuras como el comiso, no impide que el partícipe a título lucrativo, también denominado receptor civil, tenga su propio ámbito de aplicación, dirigido a lograr la recuperación de los rendimientos del delito.

I. INTRODUCCIÓN

La acumulación de la acción civil a la penal supone, con carácter general, que el ofendido por el delito sea también perjudicado y que el autor del delito o falta sea también el responsable civil directo de los daños ocasionados. Pese a ser esta la regla general, también puede que en la práctica nos encontremos con casos en los que el ofendido no sea el único perjudicado, y que el autor de los hechos no sea el único obligado a responder civilmente por los daños ocasionados. De este modo, es posible que el presunto autor del ilícito penal tenga la condición de acusado y también la de responsable civil, encontrándonos en otras ocasiones, con extraños a la pretensión penal, que son llamados al proceso como obligados civiles, entre los que se encuentra el partícipe a título lucrativo, siendo este el objeto de nuestro estudio.

II. EL PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO

Dentro del proceso penal podemos encontrarnos, como responsable civil, a quienes participan de los efectos de un hecho delictivo conforme a lo previsto en el art. 122 del Código Penal, según el cual “El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

Así, a través de la previsión contenida en este precepto, dentro del proceso penal, un sujeto que no ha participado como autor ni como cómplice de un delito o falta es desposeído, de lo que ha conseguido sin una contraprestación que lo justifique. Debe tenerse en cuenta que la restitución que se ordena al partícipe a título lucrativo, también denominado receptor civil, no está encaminada resarcir al perjudicado, ya que para eso está la responsabilidad civil de los responsables criminales, o de los otros

responsables civiles solidarios o subsidiarios, sin olvidar que además en algunos delitos, no es posible establece quien es el perjudicado en el sentido del derecho penal, o bien esa condición recae sobre muchas personas.

Con respecto a su naturaleza, no hemos encontrado pronunciamientos tajantes en la jurisprudencia, siendo posible encontrar Sentencias del Tribunal Supremo que mantienen que se trata de una figura de carácter civil, así como otras en donde se configura como un instrumento imprescindible en la lucha contra la criminalidad económica. A modo de ejemplo en la STS 362/2003 de 14 de marzo, se dice que incurre en receptación civil “quien no ha intervenido en el delito como autor o como cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito”, añadiendo que pese a referirse a “civil”, no se trata de un caso de responsabilidad civil “ex delito”.

Pese a la ubicación del artículo 122, situado dentro del Título V del libro I del Código Penal, que lleva por rubrica “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, y en concreto posicionado detrás de los supuestos que contemplan la responsabilidad civil subsidiaria de las personas civilmente responsables, situado dentro de su Capítulo II, la doctrina coincide en afirmar que estamos ante un supuesto que comporta una obligación directa de reparar, aunque en sentido estricto no puede considerarse como un supuesto de responsabilidad civil, ya que el fundamento de esta obligación directa de reparar, no es una obligación ex delito, como ocurre con las responsabilidades civiles. Dentro de los obligados a cumplir las obligaciones del delito encontramos a los directos, por ser responsables criminales o porque la ley así lo determina, y a los subsidiarios, no encontrándose dentro de ellos los partícipes a título lucrativo previstos en el artículo 122.

Por tanto, el fundamento de la obligación que recae sobre el partícipe a título lucrativo, no se encuentra en el delito, sino en la prohibición de enriquecerse injustamente o sin causa legítima, siendo la prohibición de enriquecimiento injusto, uno de los principios generales del derecho que informan el derecho civil.

Los sujetos a los que se refiere el artículo 122, deberán restituir la cosa o indemnizar el perjuicio hasta la cuantía de su participación pues, de otro modo, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto prohibido por el ordenamiento jurídico, tratando de impedir que se produzca un enriquecimiento injusto en el sujeto, que sin

intervenir en el delito o falta y sin tener conocimiento de su comisión, se lucra con los efectos de ese hecho delictivo. Resulta reseñable, que de no existir el artículo 122 del Código Penal, no habría lugar a la restitución o al resarcimiento prevista en el mismo, al menos no podrían serlo en el marco del proceso penal.

Con la figura prevista en el artículo 122, el legislador ha pretendido salvar la complejidad probatoria que implica la acusación de receptación, que exige demostrar la conciencia de que los bienes proceden de un delito de carácter patrimonial, así como impedir el enriquecimiento injustificado. Pese al destacado papel que se le asigna, nos encontramos ante una figura que no se ha aplicado con mucha frecuencia por los Tribunales, habiendo adquirido una considerable notoriedad en los últimos tiempo, al haberse incluido dentro de varios procedimientos, todavía hoy en trámite, relacionados con temas de corrupción, a los que nos vamos a referir en la última parte de esta ponencia.

III. REQUISITOS EXIGIDOS PARA SU APLICACIÓN

1. Un delito precedente

Existencia de un delito previo del que se derivan los efectos de los que participa el responsable. En el delito del que provienen los efectos, no ha tenido que tener participación alguna el responsable, pues de no ser así respondería conforme a lo dispuesto en el art. 116 del Código Penal por su participación en el tipo de receptación penal, y no como partícipe *a* título lucrativo. El delito precedente puede ser cualquiera apto para lucrarse, y por tanto podría serlo, tanto un delito contra el patrimonio, como un delito contra la salud pública y también un delito contra la libertad sexual.

2. Aprovechamiento

La participación del responsable por título lucrativo proviene del aprovechamiento de los efectos de un ilícito penal. Este aprovechamiento ha de ser susceptible de restitución o de reparación.

3. A título lucrativo

Entendido en un sentido técnico civil como contrario a oneroso, originando al sujeto un beneficio derivado del delito o falta. Sin embargo para algún sector de la doctrina, también tiene cabida en este presupuesto, aquellos casos en los que el sujeto

recibe la cosa objeto del delito a título gratuito, y también los casos en los que la existencia de un precio permite obtener unos beneficios superiores a los normales.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Fijados los presupuestos necesarios para la aplicación del artículo 122 del Código Penal, procede determinar ahora cuál es su ámbito de aplicación, y ello atendiendo a la dificultad que se presenta en la práctica, a la hora de diferenciar al receptor civil de algunos tipos penales, entre los que se encuentran, la receptación y el blanqueo de capitales, y también del contenido de otras normas como las que se ocupan del comiso.

Es patente la proximidad existente entre el delito de receptación, previsto en el artículo 298 y siguientes del Código Penal, y la actuación del partícipe a título lucrativo, pues en ambos casos existe un aprovechamiento por la previa comisión de un delito o falta, no existiendo conciencia de su comisión en el partícipe a título lucrativo, y sí en el receptor penal. De esta manera, entre el delito de receptación y la participación lucrativa puede apreciarse identidad objetiva de conductas, con una diferencia subjetiva referida a la conciencia del delito previo.

Planteándonos ahora si la obligación de restitución prevista en el artículo 122 es de aplicación al receptor penal, y pese a reconocer que la doctrina y la jurisprudencia están divididas, la configuración de la receptación penal como delito autónomo nos lleva a considerar que procede excluir la aplicación del artículo 122, debiendo responder su autor de la responsabilidad que derive del delito de receptación a través de lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal, viéndose absorbida en esta, la obligación procedente del artículo 122. Estas mismas consideraciones cabe aplicar con respecto al delito de encubrimiento, tal y como se puso de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999, (Sentencia del denominado caso Roldán).

Con respecto al comiso, partiendo del contenido del artículo 127.3 del Código Penal, según el cual, “El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita”, podemos apreciar cierta superposición de contenidos, sobre todo en el supuesto de ganancias procedentes del delito que se encuentren en manos terceras personas no responsables criminalmente del mismo. Sin embargo existe una marcada diferencia, ya que el comiso

se impone a personas que han participado en el delito aunque estuvieran exentas de responsabilidad penal, mientras que la participación a título lucrativo recae sobre personas que no han participado en el hecho delictivo.

Siguiendo con su vinculación con el delito de blanqueo, la situación contemplada por el artículo 122 y la prevista en el artículo 301 párrafo primero, consistente en la posesión de bienes que proceden de un delito y que no se han adquirido de modo jurídicamente correcto es la misma. La diferencia es subjetiva, y así, la mera posesión o uso de bienes que tengan origen en un delito, sabiendo el poseedor o usuario de ese origen ilícito, ya sea por haber intervenido él mismo o haberlo hecho otros, nos lleva al delito de blanqueo. Además, estando previsto en el apartado tercero del mismo artículo 301 el delito imprudente de blanqueo, sería aplicable este tipo si el poseedor o usuario de los bienes, pese a no conocer aquel origen ilícito, pudo haberlo sabido o al menos pudo suponerlo. Se aplicará sin embargo el artículo 122 Código Penal, a los casos de posesión de bienes, en los que el poseedor, habiéndolos recibido a título lucrativo, desconozca absolutamente el origen delictivo, así como en el supuesto en que el poseedor de bienes procedentes de actividad delictiva, hubiera sido exculpado del delito de blanqueo.

Por tanto, pese a reconocer la proximidad existente entre el receptor civil y el comiso así como con los delitos de receptación y de blanqueo de capitales, a través de la responsabilidad prevista en el artículo 122 del Código Penal se persigue cubrir supuestos que no tienen cabida en estos tipos, ni en el comiso, pretendiendo de este modo lograr la recuperación de los rendimientos del delito.

V. CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN

La responsabilidad derivada del artículo 122 del Código Penal conlleva la restitución de la cosa y el resarcimiento del daño, hasta la cuantía de su participación. Con el artículo 122 se incluyó la obligación del partícipe de restituir, que no estaba previsto en su precedente artículo 108 del Código Penal de 1973, aunque en la práctica esta obligación ya se había incluido por la jurisprudencia.

En cuanto al destino que debe darse a la restitución, este no puede ser el mismo que prevé el artículo 110.1 del Código Penal para la responsabilidad civil. La restitución a la que se obliga al partícipe a título lucrativo no está encaminada a resarcir al perjudicado, pues para esto ya está prevista la responsabilidad civil de los responsables

criminales, o también la de otros responsables civiles solidarios y subsidiarios. Además, en algunos delitos, como los relativos al tráfico de drogas o a la prostitución, tal y como ya se ha dicho, es casi imposible determinar quién es el perjudicado, en el sentido del derecho penal, siendo también posible, que esa condición recaiga sobre muchas personas. Por este motivo, cuando se determina la responsabilidad del partícipe a título lucrativo, en la sentencia no se indica la persona determinada a la que se le ha de hacer la restitución.

Siguiendo con la restitución, la doctrina considera que al adquirente de los efectos de un delito o falta no le es aplicable lo previsto en el art. 464 del Código Civil, en virtud del cual, la posesión de los bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título, y ello pese a que el sujeto desconozca la procedencia ilícita de los objetos, ya que ello no lo convierte en un poseedor de buena fe, pues nos encontramos ante un enriquecimiento injusto, fundamento de la responsabilidad del mismo. Sin embargo, el que se aprovecha a título lucrativo de los efectos del delito, puede hacer inatacable su posición a través de la usucapión extraordinaria, pues el receptor civil es poseedor de buena fe aunque carece de título. Sin embargo, cuando este haya consolidado una posición inatacable, no siendo por tanto posible la restitución, persistirá la obligación en este caso de indemnizar, salvo que la obligación hubiera prescrito.

En el caso de que se haya producido una transmisión a terceros, si es mortis causa y la acción todavía es ejercitable, resulta también de aplicación el artículo 122 a los herederos o legatarios. Si la transmisión es intervivos, y ambas partes desconocen el origen ilícito de los efectos del negocio, no resulta en tal caso de aplicación la nulidad por causa torpe y tampoco cabe hablar de enriquecimiento injusto, no teniendo en tal caso aplicación el artículo 122.

VI. LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PARTÍCIPE A TÍTULO LUCRATIVO

En cuanto al límite de la responsabilidad civil, del que se aprovechó a título lucrativo de los efectos de un delito, se atiende al aprovechamiento o ganancia obtenida, respondiendo únicamente de los daños y perjuicios que su conducta haya originado y no de los daños ocasionados por el delito precedente o matriz del que provienen los efectos de los que se lucra.

Debemos tener en cuenta que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 122 del Código Penal reduce la responsabilidad del autor o del cómplice del delito, pero su incumplimiento ya sea total o parcial no exonera al autor o al cómplice del cumplimiento completo de su obligación.

VII. TRATAMIENTO PROCESAL

Encontramos en el artículo 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y dentro del Título X del Libro II, que lleva por rubrica “De la responsabilidad civil de terceras personas”, la tramitación procesal prevista para el tercero que ha participado a título lucrativo de los efectos del delito. La adopción de alguna medida cautelar de naturaleza civil exige en estos casos, que sea el propio actor civil el que la solicite, ya sea este o no actor acusador público o privado. En tal caso el Juez acordará la constitución de la correspondiente fianza, y en su defecto procederá a acordar el correspondiente embargo. El artículo 616 del mismo texto legal, prevé la posibilidad de que el partícipe a título lucrativo pueda realizar las alegaciones que estime pertinentes, en base a las cuales pueda evidenciar que no debe considerársele civilmente responsable, pudiendo también proponer la práctica de diligencias de prueba. De tales alegaciones se le dará traslado a la parte a quien interese, acordándose su práctica por el Juez instructor, siempre que con ello no se ocasione retraso ni perjuicio al objeto principal de la instrucción. Todo ello se llevara a cabo dentro de la pieza separada que se habrá abierto, sin que su tramitación pueda entorpecer ni suspender el curso de la instrucción tal y como determina el artículo 619 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VIII. RESOLUCIONES RECIENTES

Vamos a referirnos tan solo a algunas sentencias y autos dictados recientemente y que evidencian además de la importancia práctica del partícipe a título lucrativo, el redescubrimiento de esta figura.

Comenzando con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre 2014, en la misma se dice que

... la aplicación del artículo 122 del Código Penal, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, supone una situación que se integra por dos elementos: uno positivo y otro negativo. Como elemento positivo supone que la persona concernida haya obtenido unas ganancias procedentes de un delito y como elemento negativo, se exige que la persona no haya sido condenada como partícipe de la infracción correspondiente pues caso contrario sería responsable

penalmente de acuerdo con el art. 116 del Código Penal. El origen de esta responsabilidad civil no está por tanto en una posible responsabilidad penal ex delicto, sino que la causa es la ilicitud civil de un enriquecimiento ilícito limitado a la parte de beneficio en que se haya enriquecido. No es pues una responsabilidad civil ex delicto sino una responsabilidad civil derivada de la existencia de una causa ilícita.

En el auto apertura juicio oral dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca, el día 22 de diciembre de 2014, en el denominado caso Noos encontramos, que por parte de la Representación Procesal del Sindicato "Manos Limpias", se acusa a D. Cristina de Borbón en concepto de cooperadora necesaria de dos delitos contra la Hacienda Pública, y solo subsidiariamente, para el supuesto de que no prosperase la anterior acusación, se prevé su declaración como partícipe a título lucrativo de los delitos contra la Hacienda Pública, estimando que es compatible tal participación a título lucrativo respecto de los demás supuestos delitos cometidos por D. Iñiqui Urdangarín, de los que su esposa haya podido lucrarse sin haber participado delictivamente en ellos.

Destacable lugar merece el auto dictado en el denominado caso Gurtell, por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional en la pieza separada "DP 275/08 -ÉPOCA I: 1999-2005-" de fecha veintiséis de noviembre de dos mil catorce. En su fundamento jurídico cuarto se refiere a las personas a quienes procede considerar partícipes a título lucrativo o "receptadores civiles", recogiendo a continuación el contenido de una serie de Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos años referidas a esta figura. En cuanto a los requisitos de la responsabilidad a título lucrativo establecidos por la jurisprudencia, menciona la Sentencia de 9 de mayo de 2007 en la que se dice, que el artículo 122 del Código Penal recoge la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil. Continúa indicando dicha resolución que los elementos necesarios para su apreciación son: 1º) Que exista una persona, física o jurídica, puesto que se trata de la exigencia de una responsabilidad civil y ésta es susceptible de hacerse contra los entes sociales con personalidad reconocida por el Derecho, que hubiese participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica. 2º) El adquirente debe tener

meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, ya que la condena como responsable penal origina la aplicación del artículo 116 y no la del artículo 122. 3º) La valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación. También se menciona la Sentencia de 28 de noviembre de 2006 que recoge como elementos receptor civil: 1º) El aprovechamiento a título lucrativo de los efectos del delito. 2º) Que el adquirente conozca la adquisición de los efectos pero ignore la comisión delictiva de que proceden. 3º) La determinación del resarcimiento se hará por la cuantía de la participación, y 4º) Los efectos habrán de ser reivindicables. Se ocupa también de la Sentencia dictada, igualmente por el Tribunal Supremo, el día 28 de septiembre de 2009, y se dice que se dan las exigencias típicas del artículo 122 Código Penal, cuando concurre el aprovechamiento material y económicamente valorable de las consecuencias de un delito, que, sin embargo, no se debe a la participación en él de los beneficiarios; señalando a continuación que el tipo de responsabilidad que este precepto establece en el artículo 122 del Código Penal, no va asociado a una implicación en el delito, sino, simplemente, a que se acredite el dato de una objetiva participación en los rendimientos económicos de aquél. Así se dice, para que llegue a desencadenarse el efecto previsto en esa norma basta con que alguien, penal e incluso civilmente ajeno al delito, pueda haberse beneficiado de las consecuencias económicas de éste. Por último menciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2014, que también se ocupa de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la sanción del partícipe a título lucrativo, estableciendo además que en ese caso

... se encuentra la esposa del acusado, que se benefició indebidamente de sumas de dinero que fueron ingresadas en su cuenta corriente, sin que hubiera tenido intervención alguna en el delito cometido por su esposo, en cuantía que se determinará en ejecución de sentencia.

También menciona la Sentencia del Tribunal Supremo, el día 7 de diciembre de 2006 en cuanto en la misma se dice, que la obligación del partícipe a título lucrativo es una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito. Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial a los hechos objeto de la Pieza separada de la que se ocupa el auto al que nos estamos refiriendo, estima que concurren los presupuestos del artículo 122 del Código Penal, y por lo tanto, procede tener en condición de partícipes a título lucrativo,

tanto al Partido Popular, respecto de los delitos indiciariamente atribuidos a dos imputados, en cuanto al dinero en que dicha formación política se benefició al ahorrarse la financiación de campañas electorales en dos municipios de Madrid, añadiendo para la atribución de tal condición que

En el supuesto de autos, existen indicios de que el Partido Popular se benefició de las cuantías que los imputados dedicaron a realizar actividades propias de dicha formación política, la cual tuvo que tener conocimiento de aquellos dispendios, pues repercutió en su propio peculio, de forma que dejó de abonar aquellas sumas que otros pagaron como gastos de las campañas electorales desplegadas en Pozuelo y Majadahonda. En todo caso, será en el correspondiente plenario donde se determine con exactitud los contornos de dicha supuesta responsabilidad civil y su exacta cuantía.

A continuación se atribuye también esa condición a las esposas de dos imputados, basándose con respecto a una de ellas a los regalos recibidos de la organización, de en forma de distintos servicios turísticos, pago de eventos familiares y otros artículos de uso particular, de los que habría disfrutado o se habría beneficiado, sola o en compañía de otros miembros de la unidad familiar, de conformidad con los conceptos y cuantías reflejadas en la tabla incluida en el epígrafe Undécimo del relato de Hechos consignado en la presente resolución, debiendo reservarse para el plenario la concreción de la exacta cuantía en que la partícipe pudiere haberse beneficiado, utilizando semejantes argumentos respecto de otra de las esposas de los imputados.

Otra de las sentencias en la que encontramos una condena civil por participación a título lucrativo en ilícito penal cometido por otro, es la dictada por el Tribunal Supremo 368/2007, de 9 de mayo de 2007, citada en el auto al que nos acabamos de referir. Según esa Sentencia, no se produce indefensión, ni se ve infringido el principio acusatorio en el caso de que el sujeto fuera acusado de uno o varios delitos y absuelto por los mismos, siendo condenado como partícipe a título lucrativo del ilícito penal cometido por un tercero, y ello al haber tenido oportunidad de defenderse, cuando junto con la acusación figuraba la petición de responsabilidad civil, por haberse aprovechado de la conducta criminal. Así, se dice que, en esta dirección encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo 142/2003 de 5 de febrero, en un supuesto en que un acusado por estafa junto con su hermano, fue absuelto de este delito, recogándose en los hechos probados que dicho acusado había ido gastando los tres millones de pesetas ingresados en su cuenta, aplicándolos en su beneficio, tras señalar que no cabría su condena por los posibles delitos de encubrimiento, receptación o apropiación indebida por la heterogeneidad respecto de una acusación sólo por estafa, declaró que no cabía decir lo mismo con relación a la petición de indemnización formulada por las dos acusaciones

frente a los dos acusados, tal petición de indemnización se hizo y respecto de la misma si pudo defenderse el acusado absuelto, concluyendo que si bien no cabía condena penal, si podía aplicarse el artículo 122 Código Penal, concurriendo sus requisitos y que no se produce esa obligación de indemnizar como si fuera responsable penal, art. 116 Código Penal, sino otra diferente e independiente: la restitución de la cosa objeto del delito o falta o el resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación. Criterio reiterado en el Auto de 27 de octubre de de 2003, en el que además se dice que, el art. 122 Código Penal recoge la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil. Los requisitos previstos en esta sentencia, para la aplicación del partícipe a título lucrativo, ya estaban incluidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1998.

También es reciente la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2014, en la que se condena a la esposa de un condenado como responsable civil a título lucrativo a abonar 4.621'25 euros por los viajes efectuados, de acuerdo con el art.122 Código Penal, y como fundamento jurídico de la condena como responsable a título lucrativo se dice:

Debe tenerse en cuenta que la condenada como responsable civil a título lucrativo de acuerdo con el art. 122 del Código Penal, supone una situación que se integra por dos elementos: uno positivo y otro negativo. Como elemento positivo supone que la persona concernida se ha aprovechado de los efectos del delito o falta, que en el presente caso ascendió a 4.621'25 euros, beneficio que procede de un hecho delictivo. Como elemento negativo, se exige que la persona no haya sido condenada como partícipe de la infracción correspondiente pues caso contrario sería responsable penalmente de acuerdo con el art. 116 Código Penal. El origen de esta responsabilidad civil no está por tanto en una posible responsabilidad penal *ex delicto*, sino que la causa es la ilicitud civil de un enriquecimiento ilícito limitado a la parte de beneficio en que se haya enriquecido. No es pues una responsabilidad civil *ex delicto* sino una responsabilidad civil derivada de la nulidad de los contratos con causa ilícita. La jurisprudencia de la Sala en relación a esta figura, se ha concretado en la esposa que se benefició del ingreso en sus c/c de dinero producto de delitos cometidos por su esposo, o hijos de la condenada que igualmente se beneficiaron con ingresos a título lucrativo y situaciones semejantes. SSTS 532/2000; 1313/2006 ó 616/2009, entre otras. Por lo que se refiere al motivo segundo, su rechazo se deriva de que, obviamente, la pericial no acredita el conocimiento del origen delictivo del importe de los viajes que efectuó la recurrente.

En el auto dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, el día 11 de noviembre de 2014, se citan las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 9 mayo de 2007, 7 de diciembre de 2006 y de 28 noviembre de 2006, después también se recogen en el ya mencionado auto dictado Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia

Nacional. Así se dice, para justificar la consideración del Partido Popular como partícipe a título lucrativo, que

... existen indicios de que el Partido Popular se benefició de las cuantías que los imputados dedicaron a realizar actividades propias de dicha formación política, la cual tuvo que tener conocimiento de aquellos dispendios, pues repercutió en su propio peculio, de forma que dejó de abonar aquellas sumas que otros pagaron como gastos de las campañas electorales desplegadas en Pozuelo y Majadahonda. En todo caso, será en el correspondiente plenario donde se determine con exactitud los contornos de dicha supuesta responsabilidad civil y su exacta cuantía.

Resulta también interesante la Sentencia del Tribunal Supremo dictada el día 15 de octubre de 2014, que recoge en su fundamento jurídico segundo, que

... este acusado para quien hoy se pide la responsabilidad civil por causa del artículo 122 del Código penal, había sido acusado como cooperador necesario en delito de estafa y responsable civil solidario para la reintegración de las cantidades indebidamente apropiadas. En la sentencia fue absuelto, con todos los pronunciamientos favorables, y contra el mismo no se había exigido, en ningún momento, una responsabilidad civil por su participación a título lucrativo en la conducta del autor acusado. La vigencia de los principios que rigen el enjuiciamiento de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito exige que para su declaración medie el previo ejercicio de acción penal y en su caso de la responsabilidad civil por los títulos que establecen esa exigencia en el Código penal y en la articulación prevista en la Ley de enjuiciamiento criminal. No es procedente que quien haya sido absuelto de la acción ejercitada, en este caso la responsabilidad penal y la civil directa por su participación en un hecho delictivo, sea condenado sin mediar esa acusación como partícipe lucrativo en la instancia revisora del pronunciamiento absolutorio.

IX. BIBLIOGRAFÍA

CHOCLAN MONTALVO, J.A., La investigación del patrimonio de origen criminal, Estudios de derecho judicial, núm. 4, 2002.

— Autonomía del proceso y cuestiones no penales en la jurisdicción penal, Estudios de derecho judicial, núm. 58, 2004.

GIMENO SENDRA, V., Manual de Derecho Procesal Penal, Colex, 2010.

MONTERDE TERRER, F./CUESTA MERINO, J.L./ANTÓN BLANCO, J.L./SOLAZ SOLAZ, E./ MARCO COS, J.M./GORRIZ ROYO, E.M./GUILARTE GUTIÉRREZ, V./CALZADO JULIO, J., El comiso como consecuencia accesoria de naturaleza patrimonial o pecuniaria de otras penas, en: Pronunciamientos pecuniarios en el proceso penal, Cuadernos digitales de formación, núm. 44, 2008.

PALOMO DEL ARCO, A., Receptación y figuras afines, Estudios de derecho judicial, núm. 2, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G., Sobre la ampliación el comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G.; CAVANILLAS MÚGICA, s.; DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., La responsabilidad *ex delicto*, Aranzadi, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G./DE LLERA SUAREZ-BÁRCENA, E./CAVANILLAS MÚGICA, S./MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J./IZQUIERDO MARTÍN, P./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R./VILLAMOR MONTORO, P.R./GUIJA VILLA, J.A., La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil "ex delicto", en: La responsabilidad civil “ex delicto”, Cuadernos digitales de formación, núm. 115, 2007.

DE URBANO CASTRILLO, E. La responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal, Cuadernos digitales de formación, núm. 24, 2012.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., El partícipe por título lucrativo: Un aspecto de la delincuencia patrimonial y económica, La Ley, núm. 5, 2000.

* * * * *

La política legislativa para evitar las macrocausas. Reflexiones de derecho comparado.

~Agustín Prieto Morera~

Magistrado Suplente Audiencia Provincial León. Socio FICP.

Resumen.- España se enfrenta al reto de un nuevo Proceso Penal. La corrupción y los macroprocesos han permitido evidenciar dicha exigencia. La resolución correcta de estos problemas, será fundamental para la consolidación social y política del país. El proceso de la armonización de la legislación procesal de la Unión Europea, si bien debe respetar las particularidades de las distintas culturas procesales también debe llegar a compromisos con otras tradiciones jurídicas.

I. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL: EL NUEVO MODELO DE PROCESO PENAL DEL FUTURO.

Es sabida la ineficacia de la justicia penal en la persecución de los delitos contra la corrupción. No es el lugar adecuado para la lucha contra la corrupción, pues esta se debe desarrollar antes y fuera del proceso penal, en los distintos niveles de factores criminógenos, sobre todo en el saneamiento del tejido social e institucional con una política que fomente de una cultura social de respecto a la legalidad no sólo formal sino material¹. Si no se realiza éste análisis y se aplican medidas correctivas en el sistema social y político, se confirmará el aforismo de Tomás DE LAMPEDUSA en el Gatopardo: “Algo debe cambiar para que todo siga igual”.

Pese a ello, la máquina procesal debe ser eficiente, idónea para el aseguramiento de hechos y las eventuales responsabilidades de dicho procesos. Al igual que en Italia

¹ El combate eficaz contra la corrupción se podría sintetizar en la fórmula de KLITGAAR: C=D+M-R, es decir Corrupción=Discrecionalidad+Monopolio-Responsabilidad. En el último informe Anticorrupción de la U.E. de 2014, la Comisión Europea señala a España como uno de los países con más corrupción, mencionando que las mayores prácticas de corrupción durante las últimas décadas se han producido en el desarrollo urbanístico, la financiación de los partidos políticos y en la contratación pública. Pese a las reformas para atajar el mal endémico son necesarias más medidas de vigilancia y control en todas las administraciones y garantizar la aplicación efectiva de las nuevas normas de financiación de partidos políticos. Dentro de la UE es una práctica altamente extendida que cuesta a la economía 120.000 millones de euros al año. La iniciativa internacional más importante es el Proyecto Europeo de Sistemas Nacionales de Integridad, financiado por la Comisión Europea, que parte de un enfoque holístico de lucha contra la corrupción, desarrollado y e impulsado por Transparencia Internacional. El informe final del proyecto analiza la situación de nuestro país en cada uno de los ámbitos institucionales desde el punto de vista de su integridad institucional, concluyendo con la formulación de un total de 44 recomendaciones, introducidas muy tímidamente por el Gobierno, y sin poderse llevar a cabo la principal de las mismas: un pacto nacional de lucha contra la corrupción por lo intereses electorales de los partidos. Transparencia Internacional pretende llevarlas a cabo dentro del plan estratégico para la implantación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (UNAC). De momento es poco probable la implantación real de la mayor parte de ellas, pues supone ir contra los modelos sociales y políticos arraigados en nuestro país, por no decir utópicos como la a creación de una Agencia Anticorrupción y Oficina de Ética Gubernamental) que podría residenciar provisionalmente en el Defensor del Pueblo. Vide CORRAL ESCARIZ, Vicente, La lucha contra la corrupción, 2014, pp. 63- 104.

cuando se enfrentó con el fenómeno mafioso y los fiscales de las manos limpias a la “tangentopolis” se produjo una política contra las macrocausas o macroprocesos².

En España consecuencia de los casos de corrupción se ha orientado en la misma política adelantándose con una reforma de la LECRIM ante la dificultad de llevar a cabo el ambicioso Anteproyecto de Código Procesal Penal (ACPP).

El ACPP contó con la aquiescencia en el ámbito judicial y universitario pero implicaba reformas orgánicas (residenciar la Instrucción en el Ministerio Fiscal, implantación del Juez de garantías) que exigen nuevas estructuras o adaptación de las existentes, así como la provisión de más medios materiales para una Oficina Judicial coordinada con la Policía Judicial. Optaba por un modelo de proceso penal mixto (entre el acusatorio o contradictorio y el inquisitivo o instructorio) siguiendo a los Códigos Italiano, Sueco o Japonés. Dicho modelo es ajeno a nuestra tradición de Proceso Penal instructorio (o inquisitivo) de la mayoría de los países europeos. En su regulación se incluye la neta diferenciación de la entre la “carpetas” del Ministerio Fiscal (artículo 431 ACP) y la Pieza penal del Juicio (artículo 430 ACP). Este sistema de doble expediente o de fragmentación de procedimientos instructorios, uno del Fiscal, otro del Juez o Tribunal, propio del modelo italiano evita la contaminación de cualquier material instructorio en el Juicio Oral y desplaza el peso de la prueba al juicio oral, convirtiendo el mismo en netamente contradictorio o acusatorio, institución remarcada por la doctrina procesal como deseable en nuestro Ordenamiento Jurídico³. Además la tradición superposición de papeles del Ministerio Fiscal y el Juez del modelo instructorio dañan la imparcialidad del Juez, al colocar en posiciones desiguales a las partes. Pero también se debe recordar que aparte de estos motivos de tipo dogmático fueron exigencias de tipo práctico las que influyeron en la promulgación del nuevo Código Procesal Penal Italiano, que instauró dicho modelo. Principalmente la rigidez del procedimiento y la carencia de normas específicas para luchar contra los fenómenos como la criminalidad organizada o el terrorismo. Al igual que actualmente en España, los procesos del terrorismo o de la mafia bloqueaban durante meses los órganos judiciales, siendo absurdo que un mismo procedimiento se aplicará a todas las categorías de delitos cualquiera que fuera su gravedad⁴

² VITTORIO GREVI., *Processo Penale*, 1993, pp. 28-35.

³ ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba Prohibida*, 1989, pp. 9-10 y 159-195.

⁴ DE AMBROSIO, Loris, *Revista internacional de política criminal*, 434, 1992, p. 9.

Por ello, al instaurar una nueva arquitectura del sistema procesal penal, se tiene que tener en cuenta los nuevos delitos de la sociedad postindustrial del siglo XXI y entre ellos, como veremos en los procesos sobre corrupción. La necesidad de una normativa procesal diferenciada en dichos delitos es clara, urge la neta diferenciación de los diversos roles forenses o judiciales: la investigación por las unidades centrales de la Policía Judicial basada en la Inteligencia y la instrucción por las Fiscalías especializadas, el enjuiciamiento por el Juez de garantías que autorice las medidas de investigación que supongan una intromisión en los derechos fundamentales y el enjuiciamiento en el juicio oral por los Jueces y Tribunales ordinarios. De igual forma, la necesaria regulación exhaustiva de los medios de las Diligencias de Investigación lesivas para los derechos constitucionales, muchas huérfanas de normativa donde los criterios de su operatividad fueron suplidos por la Jurisprudencia. Esta regulación también pretende llevar a cabo el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Respecto al Anteproyecto de Código Procesal Penal, hay que decir que ha sido escasa la regulación de las especialidades procedimentales que pueden dar lugar a los macrocausas. Tan sólo en los Delitos de tráfico de drogas se incluye la regulación de dos Diligencias de investigación que ya existen en la LECRIM: el agente encubierto (Capítulo XVII) y la circulación y entrega vigilada (Capítulo XVIII) del Título II.

El ACPP sigue en su sistemática fundamentalmente Código de Procedimiento Penal Italiano de forma muy general, y se adhiere al viejo debate de la pertinencia o no de la una regulación específica procesal sobre Delincuencia económica o de Criminalidad organizada, prefiriéndose una regulación con “criterios de normalidad” acorde con los principios garantistas frente a una legislación excepción de “Derecho Penal del enemigo”⁵. Otro Códigos como el Código Procedimiento Penal francés, incorpora regulaciones específicas en su Libro IV: procedimiento de Terrorismo (Titulo XV), Tráfico de Drogas (Título XVI) , Crimen Organizado (Título XX) aparte de otros varios procedimientos especiales que no suponen una regulación de excepción sino instrumentos operativos y normativos adaptados a la exigencias de las características de ciertos procesos actuales ⁶ que plantearían una debate sobre su adopción e introducción

⁵ LÓPEZ ORTEGA, Juan, Estudios de Derecho Judicial, 58, 2004, pp. 2-3.

⁶ El Título XIII regula las especialidades de los delitos fiscales, financieros, contra el territorio, de consumo; el Título XXVII sobre los delitos de trata de seres humanos, proxenetismo y prostitución de menores; el XVI sobre la declaración de personas jurídicas en el Juicio, el XXI sobre la protección de

en la ACPP. De todas formas, si la arquitectura es buena, siempre podrá implantarse los diversos institutos que demande la práctica judicial, acorde con la evolución de la problemática procesal penal.

II. EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: LA LUCHA CONTRA LOS MACROPROCESOS

Sin embargo, como hemos dicho, inopinadamente desapareció el Anteproyecto del diario de sesiones del Congreso y se optó por “medidas sencillas de fácil implantación” para acortar el plazo de resolución de los procesos con la novena reforma parcial de la centenaria LECRIM. La conciencia de la necesidad de dicha política contra los macroprocesos era patente, p.e. los informes anuales de la Fiscalía de la Audiencia Nacional llevaban mucho tiempo exponiendo como los macroprocesos era una rémora que dilataba en exceso los procedimientos y sobrecargada los órganos judiciales, al impedir resolver los “asuntos ordinarios” del órgano judicial, muchas veces con resultados bastante poco satisfactorios, se recomendaba evitarlos explícitamente.⁷

El Anteproyecto de Ley de Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denominaba “para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de medidas de investigación tecnológicas”. El Gobierno, optó por dividirlos en dos Proyectos. Uno para la regulación de las medidas de investigación tecnológica (Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las Medidas de Investigación Tecnológica) y otro para regular la agilización de la justicia penal (Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la agilización de la Justicia Penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las Medidas de Investigación Tecnológica).

testigos; el XXI bis sobre la protección de colaboradores de la justicia. Respecto del Título XII hay que tener en cuenta que Francia existen singularmente los “Tribunales escabinados especializados” en que pueden participar ciertos funcionarios de los cuerpos de la Administración, por lo que se inserta en dicho Título disposiciones orgánicas. Los tribunales escabinados tiene general aceptación en la doctrina y en la práctica judicial en Europa, no se acomoda a nuestro sistema orgánico (unidad judicial), sin embargo se optó por el jurados puros, que han tenido algunas decisiones polémicas y que en la práctica judicial se interpretan restrictivamente los supuestos de enjuiciamiento por Jurados, por sus disfunciones de tiempo y coste económico.

⁷ En la Revista La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, 2003-20, p.121 aparece la noticia que la Audiencia Nacional que en la Memoria de 2004 pide a los jueces y fiscales que eviten los macroprocesos reduciéndolos a los imprescindibles para garantizar “los derechos de las partes” y “recta impartición de justicia”. Se refiere sobre todo a la situación creada por los juicios de los atentados del 11 de marzo, y de los acusados de cooperar en los atentados del 11-S, además de resaltar las penurias en medios personales y materiales.

En el Proyecto para la agilización de la Justicia Penal comienza con una serie de medidas, de “sencilla implantación” para evitar las dilaciones innecesarias en los procesos penales. Las medidas para evitar las macrocausas se centran en la modificación de las reglas de conexidad (artículo 17 LECRIM) y en la fijación de los plazos máximos para la instrucción (artículo 324 LECRIM). Otras medidas de agilización procesal son la de evitar la remisión por la Policía Judicial a los Juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido (artículo 284 y 295 LECRIM); y la instauración de un procedimiento monitorio penal (proceso de aceptación por decreto artículo 803 Bis a. LECRIM).

Respecto éstas medidas las medidas de “sencilla implantación” existe cierto acuerdo tanto en la modificación de las reglas de conexidad del artículo 17 LECRM, al igual que en la no remisión de atestados sin autor conocido (artículos 284 y 295 LECRIM) dado que es sabido que tal remisión sólo servía para la acumulación de trabajo y papel en los Juzgados y engrosar artificialmente las estadísticas.

Suspicias plantean los plazos máximos de los procesos (seis meses en causas ordinarias y 18 meses en investigaciones “complejas” con posibilidades de prórrogas por otro período similar, art. 324 PLECRIM) pues dichos plazos pueden ser irreales en tanto no se mejoren ciertos aspectos funcionales p.e. en la tardanza de los análisis por los laboratorios de la Policía Judicial o la cumplimentación de los oficios por las Oficinas Judiciales con ayuda de medios tecnológicos, pudiéndose convertir las prórrogas excepcionales en ordinarias. Mediáticamente se alertaba de su posible utilización torticera para cerrar en falso las macrocausas de corrupción, pretendiendo la prescripción de numerosos procedimientos o su aplicación de la atenuante de la dilación indebida de los procedimientos (art.21.6º C.P). El Consejo General del Poder Judicial informó en el sentido que dichos plazos eran poco realistas y podría suponer una invitación a las defensas de los investigados para prolongar las diligencias al máximo. Proponía en su informe la flexibilidad del vencimiento de los plazos, con posibilidad de prórroga en las causas ordinarias y ampliar los supuestos cuya instrucción permita el plazo máximo de 18 meses. El Consejo de Estado mostraba su preocupación por la fijación de los plazos por prever cierto automatismo en el cierre de los procedimientos. Proponía la motivación de las prórrogas por el Juez Instructor y afirmaba que la terminación automática podía perjudicar la persecución de los delitos.

Finalmente en el Proyecto de Ley Orgánica, se otorgó al Ministerio Fiscal la

posibilidad de instar en las “causas complejas” una prórroga por igual plazo o inferior previa audiencia de las partes, por circunstancias sobrevenidas a la investigación no pudieran completarse en el plazo estipulado (artículo 324.1 y 2 PLOLECRIM). Sin decir que se trata en general de supuestos de macrocausas, precisa que una investigación será compleja a) cuando recaiga sobre grupos u organizaciones criminales, b) tenga por objetos numerosos hechos punibles, c) se involucre gran cantidad de investigados o víctimas, d) se exija realización de pericias o colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o de complicados análisis, e) implique actuaciones en el extranjero, f) precise de revisión de la gestión de personas jurídico privadas o públicas, g) se trate de un delitos de terrorismo. En dichas causas complejas el plazo de duración de la instrucción será de 18 meses pudiendo el Juez instructor prorrogar por igual plazo o uno inferior siempre que lo pida el Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes (un total de tres años).

El Ministerio Fiscal deberá instar al Juez que acuerde la terminación de la instrucción cuando se cumplan los plazos (artículo 324.5 PLOLECRIM) y prevé que cuando se agoten los plazos en las causas complejas no puedan nunca sobrepasarse libre o provisionalmente (artículos 637 y 641 LECRIM). El Ministerio Fiscal, está llamado a una posición central en el nuevo Proceso Penal y deberá resolver el modelo de su estatuto orgánico, sea integrado en el Consejo General del Poder Judicial según el modelo italiano o siendo nombrado el Fiscal General del Estado por las Cortes con mayoría reforzada. Lo esencial es que en su estatuto se debería introducir la independencia en su actuación⁸. En tanto no llegue dicha reforma, la función del fiscal en la instrucción a estos efectos sería la defensa de la legalidad y control del cumplimiento de los plazos, sin una responsabilidad por los procedimientos fallidos, que asumirá el Juez.

Respecto al concepto de “causas complejas”, la experiencia judicial permite deducir que la criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico, blanqueo), la delincuencia económica a gran escala (delitos fiscales, defraudaciones masivas, delitos de consumo) y sobre todo la corrupción política son las materias que más nutren a las macrocausas, pese a que no cabe olvidar los daños masivos causados por catástrofes (rotura por la presa de Tous, Aznalcóllar, accidentes aéreos o ferroviarios).

⁸ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, Poder Judicial, 34, pp. 260-7.

Respecto al sentido de la investigación compleja, nos la puede dar el artículo 113 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, al caracterizarla con las siguientes connotaciones: a) Extraordinario volumen; b) Extraordinaria complejidad técnica; c) Elevado número de imputados; d) Dificultades derivadas de la excesiva duración de la instrucción que harían aconsejable la instrucción colegiada⁹. Dentro de la complejidad técnica, se incluyen los tipos penales de Delincuencia económica, urbanismo, Delitos contra la ordenación del territorio, corrupción entre particulares y financiación de partidos políticos. El Consejo del Poder Judicial prevé crear unidades de apoyo a causas de corrupción (UACC)¹⁰ que actuará en apoyo de los órganos judiciales que lleven causas por corrupción de especial complejidad. Para delimitar su ámbito competencial, se ha establecido una definición del concepto de corrupción y una relación de los tipos delictivos que comprende. Se entiende por corrupción “las conductas intencionadas, activas u omisivas, realizadas por funcionarios públicos o autoridades, bien directamente o a través de otros, en el ejercicio de su función o cargo, que quebranten sus deberes oficiales, con la finalidad de obtener para sí o para terceros ventajas indebidamente, comprendiéndose en estas conductas la promesa de realizarlas y tanto su modalidad activa, realizada por particular, como la pasiva, realizada por la propia autoridad o funcionario”. Incluye mayormente en las causas complejas los tipos de la delincuencia económica¹¹, además de la criminalidad organizada y la corrupción.¹² Además El CGPJ considera, que también debe tenerse en cuenta la relación entre los conceptos “corrupción”, “crimen organizado” y “delincuencia económica”¹³. Ello supone un cambio relevante, y sería esperable que se produjera la equiparación de la corrupción con la “delincuencia organizada” no con la “delincuencia de cuello blanco”

⁹ Se prevé en dichas causas la instrucción colegiada en dichas causas.

¹⁰ Acuerdo 11-3 de la Comisión Permanente de CGPJ de 11 de marzo de 2015

¹¹ Defraudaciones; insolvencias punibles; alteración de precios en concursos y subastas públicas; delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial y al mercado y los consumidores; corrupción entre particulares; delitos societarios; blanqueo de capitales; delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social; delitos de prevaricación; omisión del deber de perseguir delitos; infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos; cohecho; tráfico de influencias; malversación de caudales públicos; fraudes y exacciones ilegales; negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y delitos de corrupción en las transacciones internacionales.

¹² Está justificada la intervención cuando concurra uno de estos factores: a) delincuencia organizada. b) Funcionario/s público/s como sujeto/s activo/s del delito. c) Relevancia económica de la conducta delictiva.

d) Multiplicidad de afectados, directa o indirectamente. e) Especial complejidad de la instrucción.

¹³ Según dicho acuerdo, la corrupción está vinculada a la obtención de un beneficio económico ilícito, abarca asimismo a los particulares cuando, por la gravedad y trascendencia económica y social de sus actos, ponen en peligro o causan grave daño a los intereses públicos, entendidos como estabilidad del sistema económico constitucional y salvaguarda de la credibilidad y respeto a las instituciones democráticas.

de connotaciones no tan negativa a efectos de una reforma legislativa, que permitiera el uso de “agentes infiltrados” en los delitos de corrupción y podría poner a disposición de los investigadores la nueva figura del comiso ampliado¹⁴.

Eduardo DE URBANO CASTILLO, plantea la paradoja de extremar la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas, que nadie cuestiona, sin tener en cuenta la dificultad probatoria de los procesos y por otro lado no aumentar los medios de los juzgados, policía judicial ni medidas procesales de agilización judicial¹⁵. Además considera necesario la introducción del principio de oportunidad en los delitos menores y conformidades especiales para otros delitos más graves con devolución de lo sustraído y una férrea regulación del Indulto. Además de proponer una mayor flexibilidad en la concesión por el Consejo General del Poder Judicial de comisiones de servicios en los casos de que entre por reparto una macrocausa en un Juzgado, pudiendo el Juez Titular dedicarse por entero a ella modificando además las normas de reparto de los Juzgados de la Localidad.

Centrándonos en la reforma de la conexidad delictiva para “luchar contra los macroprocesos”, la exposición de motivos declara que 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 elephantiasis procesal que se pone de ⁱmanifiesto en los que han sido denominados macroprocesos.

Procediendo al análisis de la reforma en este aspecto, el párrafo primero del artículo 17 LECRIM queda redactado como sigue:

1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba de los hechos resulte conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

En éste nuevo párrafo primero, cambia radicalmente la normativa. Parte del principio general que cada delito deberá ser sustanciado en una sola causa y que los delitos conexos se sustanciaran en un solo proceso en tanto no se produzca una dilación o una complejidad excesiva del asunto. De esta manera introduce una excepción a la hasta ahora operatividad “ope legis” de la conexidad delictiva, pudiendo evitarse la

¹⁴ CORRAL ESCARIZ, Vicente. La lucha contra la corrupción, 2014, pp.180-1 y 201.

¹⁵ URBANO CASTILLO, Eduardo de, Jueces sin reloj para investigar, El MUNDO, 25 de febrero, p. 44.

acumulación cuando proceso pueda tener excesiva complejidad o dilatarse significativamente en el tiempo. En principio, la facultad judicial de acumular los procesos por vía de conexidad se basa en razones de simple economía procesal para evitar romper la continencia de la causa.

El párrafo segundo del artículo 17.2 LECRIM, introduce en su número quinto la conexidad del blanqueo de capitales respecto a los delitos de enriquecimiento ilícito.

El nº 6, declara la conexidad de delitos cometidos por diversas personas que se ocasionen lesiones o daños recíprocos. Dicho supuesto es obviamente razonable y está claro que de no ser de esta manera se rompería la continencia de la causa.

El párrafo tercero de artículo 17 LECRIM queda redactado como sigue:

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.

El tercer párrafo, instaura una posible conexidad sobre la única base del mismo autor delictivo, cuando no vaya a retrasar notablemente la tramitación del procedimiento. Permite optar por el enjuiciamiento conjunto de delitos no conexos cometidos por una sola persona si tienen analogía o relación entre sí (artículo 17.3 LECRIM) siempre lo aconsejan razones de economía procesal y no provoque excesiva complicación o dilación del proceso. Esta posibilidad es criticada por algunos sectores, toda vez que tan sólo atiende a razones de economía judicial y no a otros criterios como la mejor individualización de las circunstancias de culpabilidad o al propio juicio de punibilidad.

En definitiva, centrándonos en las “lucha contra las macrocausas”, ante la parquedad de la regulación parece dejarse toda la efectividad al voluntarismo de los jueces o fiscales, para que se fragmenten en piezas los procesos complejos y se pueda diluir el pesado fardo de macrocausas que tiene ahora la justicia española.

Por último, es significativo el cambio de la denominación de imputado, primero a sujeto pasivo, después a investigado y una vez abierto el juicio oral a encausado. No tienen alcance jurídico alguno, sencillamente el cambio es debido a la connotación que adquirió el termino imputado en la opinión pública. El Proyecto considera que dicho cambio evitará el efecto estigmatizador del término imputado que supone una condena anticipada. Si analizamos las causas de las connotaciones del término tiene mucho que

ver por el interés mediato de los procesos judiciales de corrupción dentro de las campañas electorales. El práctico incumplimiento del secreto de sumario, por filtraciones interesadas, muchas amparadas por el secreto profesional, propician programas mediáticos de opinión paralelos, acordes con la línea editorial de la cadena. Por ello, mal se puede evitar que el término investigado pueda llegar a tener la misma connotación sino se atajan las causas.

Por otro lado hay que decir, que refleja bastante la configuración inquisitiva y judicial de la instrucción que tiene el ciudadano medio. Éste con buen sentido de la realidad sabe que el investigado (imputado) puede darse por condenado salvo que algo falle, luego es lógica la anticipación mediática y social de la condena.

III. LA INEFICACIA DEL PROCESO PENAL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN. NECESIDAD DE UNA FORMA PROCESAL PARA UNA DELINCUENCIA “COMPLEJA”¹⁶

LÓPEZ ORTEGA¹⁷ resume en tres clases de razones la ineficacia del sistema penal en los delitos relacionados con la corrupción: a. organizativas; b. la obsolescencia de la legislación procesal c. la complejidad estructural de las investigaciones relacionadas con la

Delincuencia económica y financiera.

La delincuencia económica¹⁸ organizada¹⁹ supone un cambio de paradigma y el sistema penal en su conjunto tiene dificultades para adaptarse. La globalización²⁰

¹⁶ El plan de actuación de la Fiscalía Superior de Galicia de 2015, firmada por el Fiscal-Jefe Carlos Varela, incluye en su sección cuarta una Sección de Investigaciones especiales para combatir una criminalidad compleja para la justicia penal por la imposibilidad de contener esta delincuencia con la utilización de investigaciones convencionales. Interesante son las reflexiones sobre el Prestige, lo que muestra la exigencia de un debate sobre la introducción en el Código Procesal de regulaciones expresas sobre incidencias procesales que se plantean en los procesos actuales (vide nota 6). No es habitual que se haga una radiografía de la situación, aparte de exposición de las actuaciones realizadas por el órgano correspondiente.

¹⁷ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, Cuadernos Digitales de Formación, 8, 2013, pp. 1-12.

¹⁸ Según Enrique BACIGALUPO, la delincuencia económica o el Derecho Penal económico es el conjunto de normas mediante las cuales el Estado procura regular dentro un régimen fundado en la iniciativa privada las condiciones de la vida económica.

¹⁹ Existe una confusión entre conceptos que son análogos, el concepto de Criminalidad Organizada, se usó derivado de la traducción del inglés “Organized Crime”. El crimen organizado da lugar a Delincuencia Económica, de hecho cambia su fisonomía como un “conjunto de negocios que buscan contactos para enriquecerse ilegalmente”. Vide TUPMAN, Bill, HARLAX, 9, 1995, p. 23. El Crimen organizado genera Delincuencia económica, pero no toda delincuencia económica proviene del crimen organizado. la delincuencia económica genera corrupción, pero no siempre. La corrupción normalmente tiene una motivación de enriquecimiento pero puede tener otras motivaciones como la ambición de poder. En el ámbito de la Unión Europea se observó que la corrupción se escondía en las leyes del mercado y

aceleró el intercambio de bienes y servicios, tanto lícitos como ilícitos al igual que los intercambios financieros. La criminalidad tradicional se ve superada por una criminalidad caracterizada por las ideas de organización, transnacionalidad y poder económico²¹.

El sistema procesal y el penal se ha construido en torno a delitos de resultado perceptibles, de autor individual y cuyo medio comprobación típico era el testimonio. La delincuencia económica se desarrolla en el seno de grupos y organizaciones criminales, siendo delitos asociativos, en las que el proceso de toma de decisión es complejo y en el que concurren múltiples voluntades y decisiones individuales, los cometidos y roles de los posibles imputados se deben determinar a medida que avanza la investigación en un entorno opaco donde la realidad nunca es lo que aparenta. Son delitos no perceptibles sensorialmente, en los testimonios cambian su carácter, siendo esencial los agentes infiltrados, confidentes y arrepentidos.

La Delincuencia económica tiene una complejidad técnica, se realiza a través de grupos y organizaciones criminales (artículo 570 bis, ter) dirigidas originariamente a la comisión de varios delitos o faltas (artículo 570 Bis1. Segundo párrafo) pero carente en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, utiliza procedimientos e instrumentos complejos con el propósito de ocultar su actividad, así como buscar su impunidad y proteger sus ganancias, con una falsa apariencia de legalidad opaca a la capacidad de acción de los órganos del Estado²², es decir se trataría de una estructura “fáctica” debajo de la formal, en la cual se debe dilucidar las responsabilidades penales sin ninguna fuente prueba que de fe de su estructura u organización sino tan sólo testimonios y prueba indiciaria.

Al igual que la criminalidad organizada, esta delincuencia elabora una contracultura moderna y cínica²³ buscando la impunidad de sus delitos y creando pantallas legales para esconder sus enriquecimientos ilícitos. Frente a ella sólo cabe

conducía a la creación de cárteles para distribuir los contratos públicos entre los ofertantes. Con tipificación penal de los Grupos y Organizaciones criminales, se puede conceptuar la delincuencia económica organizada como aquella Delincuencia Económica que cometen las organizaciones y grupos criminales más o menos estructurados para su enriquecimiento ilícito. La Circular 2/2011 de la Fiscalía General sobre la reforma del Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, flexibiliza el concepto de grupo criminal adaptado a los actuales formas de delincuencia. Vide ROMA VALDÉS, Antonio, El Delito de Organizaciones, pp. 9-18.

²⁰ HERRERO DE CASTRO, Rubén/BARRAS TEJUDO, Raquel, Inteligencia y Seguridad, 6, 2009 pp. 99-121.

²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, en: Faraldo Cabana (ed.), Nuevos retos, 2004, p.10.

²² STS 2ª, 544/2012-02/07/2012-10063/2012 –EDJ2012/140411

²³ FASSONE, Elvio, Revista del Poder Judicial, 48, 1997, p. 419.

construir una justicia “mentalmente” organizada. Los delincuentes trabajan mejor en equipo que la Policía Judicial o los Juzgados y Tribunales.

El modelo de policial es distinto, el modelo estándar tradicional de seguridad ciudadana se caracteriza por el patrullaje de sus unidades para una respuesta rápida uniformada, propiciando el despliegue de la investigación criminal cuando se haya detectado el delito y su puesta a disposición del sistema legal como modo principal de tratar de reducir el crimen. La acción policial contra la delincuencia organizada se basa en la inteligencia²⁴. Esta se entiende como aquella acción policial que gestiona información para la toma de decisiones, prevención y resolución de problemas criminales a largo plazo, que permitan la recogida de evidencias probatorias orientadas a objetivos que sugieran una posible efectividad en la reducción, interrupción y prevención de la delincuencia. De ello se deriva que se selecciona el hecho ilícito que concentrará la mayor parte de la investigación, frente a los que no tienen beneficio evidente.

La acción policial basada en la Inteligencia gestiona una cantidad masiva de datos de bases de datos interconectadas para realizar análisis de modelos de redes o Anna-Cappa²⁵. Los Servicios Policiales cada día tienen que estar interconectados con todos los Organismos del Estado, Extranjeros y Comunitarios, resultando esencial las interagencias coordinadas que compartan su información e inteligencia. Los implicados tienen conexiones internacionales, necesitándose también la cooperación judicial internacional. Se utilizan medios proactivos de investigación y seguimiento aprovechando los avances tecnológicos a imitación de los Servicios de Inteligencia²⁶. No se busca primordialmente la comprobación del delito sino como evitar los delitos que no se conocen relacionadas por los Grupos y Organizaciones criminales.

Las dificultades de prueba en estos delitos exigen complejas investigaciones proactivas para descubrir las redes delictivas ocultas. Procesalmente la prueba se desplaza a la ciencia del indicio y a la llamada prueba pericial de inteligencia²⁷. Los peritos han de analizar ingente cantidad de documentación y contabilidad, cada vez más en soporte electrónico, que requirieren expertos en su obtención e interpretación. La

²⁴ RACTCLIFFE, Jerry, Definiendo, 2008, pp. 62.

²⁵ Se trata de la primera empresa que utilizó dicho método.

²⁶ SACRISTÁN PARÍS, Francisco, La cultura de inteligencia, pp. 1-45.

²⁷ FASSONE, Elvio. Revista del Poder Judicial, 48, 1997, pp.441-463; LÓPEZ ORTEGA, Juan José, Cuadernos Digitales de Formación, 8, 2013, pp. 19-21.

prueba testifical cambia su sentido, siendo esencial los informantes, confidentes y los agentes encubiertos. Es necesaria como la creación del delito de enriquecimiento ilícito que sea una tenaza efectiva junto a los delitos fiscales y el blanqueo que complete la persecución del el ciclo criminológico²⁸. Se exigen medidas cautelares enérgicas y efectivas para evitar que las pruebas puedan manipularse o desaparecer

De todo ello, se impone una la realidad insoslayable, de su necesidad de regulación procesal autónoma en éste siglo XXI. Fundamental ha sido y continuada siéndolo, la especialización de los órganos judiciales y el cambio de roles de cada uno de los participantes en el Proceso: Policía Judicial, Ministerio Fiscal, Juez de Garantías y el Tribunal sentenciador. En estos delitos, el principio de legalidad debe ir dando paso el principio de oportunidad en la Acción del Ministerio Público dado el carácter proactivo y preventivo de dichas investigaciones, remarcándose la función del Ministerio Fiscal, como responsable de la acción penal y de la instrucción. Ello exige además una reforma orgánica de los Juzgados y Tribunales así como de sus competencias tanto de los centrales como de los periféricos²⁹.

También es necesaria una regulación pormenorizada de las diligencias de Investigación sobre todos las invasivas con los derechos fundamentales siempre respetando el modelo contradictorio, que quiere llevarse a cabo el Proyecto de modificación de la LECRM. El secreto y el tiempo de dichas medidas deben ser rigurosos para evitar inquisiciones generales³⁰. Tal como recoge la exposición de motivos, el Tribunal Constitucional recomendaba la regulación legal dichas medidas, que si bien la jurisprudencia había establecido los criterios de su adopción ante el vacío legal³¹, dicha situación era insostenible constitucionalmente, habiendo sido condenada España en dos ocasiones en el TEDH (Tribunal Europeo Derecho Humanos) por irregularidades en las escuchas telefónicas³².

En estos procesos el derecho defensa jurídica cambia, no cabe tener una actitud pasiva, la ambigüedad del indicio y de la prueba de inteligencia debe ser resuelta

²⁸ LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Cuadernos Digitales de Formación, 8, 2013, pp. 4-6

²⁹ LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Cuadernos Digitales de Formación, 8, 2013, pp. 4-6; Estudios de Derecho Judicial, 58, 2004, pp. 16-7. VELASCO NÚÑEZ, Eloy, Los juzgados de alta criminalidad organizada, pp. 30.

³⁰ LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Estudios de Derecho Judicial, 58, 2004, pp. 10 y 11.

³¹ No es por casualidad que las intervenciones telefónicas se regulasen de forma detalla y sistemática por STS de 18 de junio de 1992 (Caso Naseiro).

³² STEDH 20-07-1998 (Caso Venezuela) y STDHE 18-2-2003 (caso Prado Bugallo).

dialécticamente con la contribución del indiciado³³. La representación de las partes debe respetar la buena fe procesal en el ejercicio sus facultades procesales para evitar su abuso y se alargue artificialmente el proceso³⁴. Es necesaria una definición clara del estatuto del ahora llamado investigado o encausado (imputado) sobre todo la valoración de su silencio y de todos los sujetos que colaboren con la administración de justicia graduando más prolijamente el grado de colaboración. De igual forma se deberá regular la ausencia voluntaria del acusado en el juicio³⁵. Se debe reformular la acción popular, restringiendo sus sujetos³⁶, utilizada muchas veces con fines espurios. En las macrocausas la pluralidad de acusadores, provoca dilaciones indebidas, incrementa gastos y sobre todo rompe el equilibrio entre la acusación y la defensa. Respecto a la pluralidad de acusados el TC avala la posibilidad de aplicar el artículo 113 de la LECRIM que obliga a comparecer en juicio bajo una misma dirección y representación debiendo interpretarse de una manera más restrictiva, evitando exposiciones inútiles para la defensa.

El formato del juicio oral debe cambiar, se han introducido las videoconferencias pero debe regular la utilización de otros medios tecnológicos en el Juicio Oral, debiendo utilizar un modelo de dirección de los juicios adaptada a los mismo, según la experiencia de los procesos de delitos fiscales³⁷. Es necesaria la regulación de la llamada prueba de inteligencia policial y la condición de los funcionarios que las realicen.

La experiencia policial y judicial, destaca la necesidad conjunta intervenciones telefónicas, escuchas ambientales y demás medios investigación tecnológicos junto a confidentes, agentes encubiertos y arrepentidos que la ley les premie judicial y penitenciariamente³⁸. Los informantes, las medidas de vigilancia y la investigación patrimonial preliminar darán los indicios para poder solicitar las medidas de investigación que afectan los derechos constitucionales del artículo 18 CE. Fundamental

³³ FASSONE, Elvio. Revista del Poder Judicial, 48, 1997, p. 459.

³⁴ VITTORIO GREVI, *Processo Penale*, 1993, pp. 39-42.

³⁵ LÓPEZ ORTEGA, Juan José. *Estudios de Derecho Judicial*, 58, 2004, pp. 11. La personación en los procesos de corrupción de partidos políticos y de los organismos públicos, que han podido ser responsables cuanto menos por falta de control interno es llamativo.

³⁶ En el derecho comparado la acción popular es excepcional, en algunos países se circunscribe asociaciones intermedias de intereses colectivos, desde luego nunca a asociaciones creadas “ad hoc”.

³⁷ CARACCIOLI, Ivo, *Seminario Internacional de Derecho Comparado*, 1996.

³⁸ VITTORIO GREVI. *Processo Penale*, 1993, pp. 28-35; SACRISTÁN PARÍS, Francisco, *La cultura de inteligencia*, pp. 24-48 a imitación de otros países, propugna “Programas de Protección de testigos” para confidentes con un registro central nacional, así como otro para agentes encubiertos permanentes.

es el secreto de las actuaciones y la discreción en la investigación. Si las medidas dan resultados, vienen los registros y las detenciones. Del material incautado en los registros se completará la investigación principal aportando pruebas al proceso y la investigación patrimonial, junto a la realización los comisos³⁹.

Desde el punto de vista del Derecho Penal los delitos asociativos, principal objeto de los macroprocesos se caracterizan por la acción común de los diversos integrantes, conlleva el reparto de funciones. El fin delictivo único es que da coherencia a los diferentes papeles y trabajos de cada integrante que, sólo sumados al final, explican y suponen el éxito de su actividad criminal conjunta. El trabajo en cadena potencia la acción criminal cuando la cadena delictiva se pone en marcha. Pero romper toda la cadena es más complicado que sólo romper un eslabón. Habría que romperlos todos pero normalmente sólo se puede romper por el más débil para cercenar los pactos de silencio y el clientelismo. De ahí la posibilidad de la extensión subjetiva de los mismos sin límites claros ni objetivos ni subjetivos y el carácter progresivo de las imputaciones a medida que la investigación avanza. También plantean problemas en las sentencias absolutorias, cuando se descubren nuevas conductas de colaboración que no pueden ser enjuiciadas en el proceso que dio lugar a una absolución, al igual que en los delitos continuados que se descubren posteriormente al enjuiciamiento. El sistema de red en la corrupción ha sido evidenciado en Italia, en la que siempre estaban implicadas tres partes⁴⁰, en España se habla de las tres capas de corrupción, dependiendo de lo avanzado de la investigación.⁴¹

Por todo ello, la fragmentación de la instrucción desmembrando el sumario en piezas, supone una ruptura a la unidad del proceso. Favorece el enjuiciamiento múltiple, simultáneo o sucesivo de los hechos que se incluyan dentro del mismo título de imputación, con el peligro de reiterar la condena contra el principio no bis in ídem y repercute en el estatuto jurídico del imputado en las declaraciones de las partes y en la condición que ha de hacerlo. Si la pieza separada se forma para perseguir otro hecho que afecte a uno de los imputados de la pieza madre, puede producirse un cambio de

³⁹ CORRAL ESCARIZ, Vicente, La lucha contra la corrupción, 2014, pp. 225-243.

⁴⁰ http://www.elconfidencial.com/mundo/2014-11-04/con-tangentopoli-solo-conseguimos-que-los-corruptos-se-volvieran-mas-habiles_434814/ PIERCAMILLO DAVIGO, Fiscal de Milán de la operación Mani Pulite (Manos Limpias), declaró que la “característica fundamental” de la corrupción política de los años de *Tangentopoli* es que **en cada caso había siempre al menos tres partes: empresario ó *paganini* que pagaba, político que recibía el pago y el funcionario público.**

⁴¹ Sobre las tres capas de la corrupción, Vide el Blog de Juan Antonio FRAGO AMADA **enocasioneseveos**.blogspot.com

papeles de co-imputado a testigo, con la amenaza de una posición más onerosa, al estar sometido al régimen de testigo. Puede generar sentencias erróneas porque el tribunal creará con más facilidad una declaración testifical que con frecuencia puede ser falsa o interesada. Por ello debería mantenerse el estado de imputado, pues supondría un vulneración del derecho a declarar contra sí mismo. Al igual que cuando un coimputado es llamado a declarar como testigo después de haber sido absuelto o condenado.

Para ello hace falta una regulación más detallada, sobre todo del modo de adquisición de prueba de los materiales de otros procesos, de otra forma sólo se condenará al eslabón más débil y a la postre se verá una mayor fortalecimiento de la corrupción⁴². Son necesarias conformidades “especiales” para los arrepentidos y los colaboradores con la Administración de Justicia. Además para el nuevo Código Penal, como propone CORRAL ESCARIZ se necesitaría la habilitación legal para la infiltración de agentes encubiertos en delitos de corrupción⁴³ lo que supondría además la posibilidad del “comiso ampliado” dentro de la Oficina de Recuperación de Activos para estos delitos. EL GRECO advierte de las bajas penas previstas para los delitos de corrupción, se deberían elevar pero a la vez instaurar excepcionalmente el principio de oportunidad, por ejemplo ampliando la cláusula de exención de responsabilidad del artículo 426 del CP y extendiéndola a los funcionarios que acepten sobornos. Es oportuna la instauración de los canales éticos con garantía de confidencialidad y la protección de los denunciantes que prevé el Sistema de Integridad Nacional para España⁴⁴

IV. EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO. ITALIA Y EL SISTEMA ANGLOSAJÓN

Los macroprocesos surgen en Italia, para investigar la macrocriminalidad referida primero a la “tangentópolis”, en la cual los jueces de “Mani Pulite” destaparon en Italia el

⁴² Vide nota 40, PIERCAMILLO DAVIGO, **con la tangepoli sólo conseguimos hacer una selección entre la especie de los corruptos**, que mejoraron sus métodos **para hacerse más resistentes a nuestros antibióticos**. Sobre el conflicto entre el poder legislativo y el judicial a raíz de la tangentópolis del que salió victorioso Berlusconi Vide GUTIÉRREZ CHÁVEZ, Jorge, Revista interdisciplinar, 2003, pp. 61-96. Se extrae la conclusión siempre es mejor un pacto de todos los partidos con soluciones legislativas que sobrecargar unos órganos judiciales con procesos complejos sin los mecanismos de agilización que requieren los mismos.

⁴³ CORRAL ESCARIZ, Vicente. La lucha contra la corrupción, 2014, pp. 180 y 253-256. No se contempla la corrupción dentro de los delitos que pueden investigarse con agentes encubiertos en el artículo 282.4 LECRIM.

⁴⁴ CORRAL ESCARIZ, Vicente. La lucha contra la corrupción, 2014, pp. 180 y 104.

entramado de la corrupción y a sus implicados, siendo fundamental la clase empresarial italiana cansada de los pagos a los políticos y los arrepentidos que rompieron la ley del silencio y los vínculos clientelistas. Institucionalmente trascendente fue el estatuto de independencia del Ministerio Fiscal integrado en el Consejo Superior de la Magistratura italiana que resistió a los embates del poder político. El Gobierno utilizó la presión mediática y su poder legislativo de forma torticera, intentando frenar las investigaciones. Ante ello fueron apoyados ampliamente por la opinión pública que impidió que cerraran en falso las investigaciones⁴⁵. En segundo lugar, la Mafia cuyo pulso al Estado (asesinato de los Jueces Falcone y Borsellino) originó una legislación de urgencia y una jurisprudencia constitucional cambiando la fisonomía de su nuevo proceso penal, apareciendo tintes inquisitivos.

Era fácil de prever, que éstos procedimientos podrían dar lugar a retractaciones, silencios o replanteamientos por parte de los testigos. La habitual fragmentación en varios juicios, consecuencia de la política contra los macroprocesos, había hecho surgir el problema de la asunción del examen testimonial de las personas imputadas en procesos conexos (art. 210 C.P.P) que no hubieran declarado previamente en el juicio. En dicho artículo se debía advertir que si no hacía uso de su derecho a permanecer en silencio, asumiría la posición de testigo, con todas las advertencias legales, además de tener el derecho de la asistencia letrada para participar en el juicio. Se modificó en otros el artículo 238 C.P.P. por medio del cual se posibilitaba la utilización de las declaraciones testificales judiciales provenientes de procedimientos conexos, incluso sin que el abogado del imputado hubiese tenido la oportunidad de interrogar al testigo, siempre que lo considerase procedente el Juez.

Se produjeron dificultades de orden logístico y organizativo, y otras de orden psicológico, ligadas a las fatigas y molestias impuestas a tales “testigos”, en cuanto obligados a vagar de juicio en juicio, para ser sometidos a examen y contra examen para repetir siempre la misma versión de los hechos. De esta forma los testigos llegaban a sufrir una especie de erosión de la misma capacidad de recordar y deponer con cierta exactitud y finalmente su propia disponibilidad para asumir el papel de fuentes de prueba.

Aparte, en estos procesos se produjeron derogaciones al principio de formación de prueba bajo el principio de oralidad y el debate contradictorio, derogando la restrictiva entrada de las declaraciones testificales prestadas en la investigación ante del Ministerio

⁴⁵ Sobre el tema vide GUTIÉRREZ CHÁVEZ, Jorge, Revista interdisciplinar, 2003, pp. 11-61.

Fiscal pudiendo ser valoradas en el Juicio Oral⁴⁶. Así se permitió que pese a que los testigos se retractasen en el juicio o se acogiesen a su derecho a permanecer en silencio, se pudo introducir en el juicio oral los testimonios prestados en la investigación del Ministerio Fiscal mediante la declaración de los agentes de policía como testigos de referencia⁴⁷, al igual que las declaraciones del coacusado en la instrucción que ejerciese su derecho a permanecer en silencio en el juicio oral⁴⁸ y en general se dio valor al testimonio dado en la fase de investigación siempre que hubiese otros elementos de corroboración o en su caso que el testigo fuese sometido a violencia o una proposición de soborno reafirmando la declaración prestada en la investigación⁴⁹. Estos supuestos dieron lugar a las sentencias de la Corte Constitucional 24/1992; 254/1992 y 255/1992, que entre otros argumentos se consideró impedían la búsqueda de la verdad material. La última sentencia provocó críticas sobre la dimensión constitucional de la Corte Constitucional porque principios tales como la búsqueda sobre la verdad en el proceso no se encuentran recogidos en artículos específicos de la Constitución. La sentencia parecía ser simplemente la opinión de la Corte sobre el equilibrio apropiado entre la búsqueda de la verdad y la necesidad de un procedimiento justo para los acusados. Estas tres sentencias parecían en definitiva ver las garantías procesales del Código como los obstáculos injustos en la batalla del Estado contra el crimen y parecían desmontar el proceso acusatorio en Italia. Al intentar modificar el Gobierno y el Parlamento por ley el artículo 513.2 C.P.P.⁵⁰, que pretendía únicamente privar de valor probatorio a las declaraciones de los arrepentidos, la Corte la Constitucional lo declaró inconstitucional. La opinión pública había sido impactada por las declaraciones de Tomasso Buscetta.⁵¹ y en reacción el Parlamento además de conseguir el propósito citado, modificó en gran medida todo el proceso penal, iniciando la reforma constitucional que a la postre supuso el nuevo artículo 111 del la Constitución Italiana, completando un artículo con todas las exigencias del “proceso debido” incluidos los principios del artículo 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En esencia el artículo 111 garantiza a los acusados el derecho a los acusados a ofrecer evidencias contrarias, el derecho al juez imparcial, el

⁴⁶ Prohibido por el artículo 500. 3. C.P.P. Vide sobre FASSONE, Elvio, Revista del Poder Judicial, 48, 1997, pp. 425-441.

⁴⁷ Prohibido por artículo 195.4 C.P.P.

⁴⁸ Prohibido por el artículo 513.2 C.P.P.

⁴⁹ Vide nota 37.

⁵⁰ Vide nota 48.

⁵¹ Busceta se decidió a hablar después del asesinato de Falcone y Borsellino sobre las relaciones de la mafia y los políticos en la Comisión Antimafia de Parlamento vide http://es.wikipedia.org/wiki/Tommaso_Buscetta, consultado el 10 de febrero de 2015.

derecho a un proceso de una duración razonable, el derecho a confrontar y reinterrogar a testigos, y el derecho al debido proceso⁵².

Todo éste complicado cambio constitucional, contrasta con los sistemas del “comon law” en el que rige plenamente el principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal tiene la amplias posibilidad de conformidades sin limitación por razón de la gravedad de los delitos (“plea bargaining.”). En un caso con múltiples demandados implicados en un delito grave, el fiscal en los Estados Unidos dirigiría la acción contra el que hubiese más evidencias probatorias y esperaría condenar a ese acusado. En ese punto, el condenado estaría probablemente más dispuesto a atestiguar contra los otros demandados a cambio de una posible reducción de la pena. O quizás el fiscal puede ofrecer a un acusado un excelente *plea bargain*⁵³, quizá incluso la inmunidad, si éste acuerda atestiguar contra los otros acusados.

En conclusión, no se resolverá los problemas de las macrocausas, con tan sólo imponer los plazos perentoriamente, se debe enfocar de modo integral el problema, y para ello se necesita un claro modelo procesal, parece que el Anteproyecto de Código Penal ha desaparecido de las prioridades del Gobierno, pero se debe saber en qué dirección hay que realizar las diversas políticas legislativas, sino será una parche más en el nuestra LECRIM. Se necesitaría regular mejor el problemas de los procesos conexos, conformidades especiales⁵⁴, más medios personales y materiales, flexibilización de las Comisiones de Servicios por parte del C.G.P.J. para cuando una macrocausa de especial complejidad sea repartida a un Juzgado, una férrea aplicación en las concesión de indultos, no por motivos políticos, sino con otros criterios, entre ellos el comportamiento procesal del condenado y su colaboración con la justicia.

La perspectiva comparada a largo plazo, nos permiten intuir que se debe seguir con la implantación del modelo del Código Procesal Penal y proteger los valores del sistema contradictorio o acusatorio del proceso, pero además las nuevas modalidades de delincuencia, exigen la flexibilización del principio de legalidad, debiéndose instaurar en ciertos supuestos el principio de oportunidad, además es necesaria la reorganización

⁵² T.PIZZI, Williams/MONTAGNA, Mariagela, La batalla, pp. 15-30, describe todo el inter jurídico de la modificación de la Constitución Italiana.

⁵³ T.PIZZI, Williams/MONTAGNA, Mariagela, La batalla, pp. 1- 15. Realiza una comparación del modelo de Ministerio Fiscal del EEUU y de Italia.

⁵⁴ URBANO CASTILLO, Eduardo de, El MUNDO, 25 de febrero, p. 44 propone una regulación de conformidad especial para los delitos de menos de tres años, con devolución de os sustraído y otra de sobreseimiento para delitos de menos de un año.

institucional de los diversos intervinientes en el proceso, y la introducción de los ciertos procesos o procedimientos especiales. El Proyecto de Ley de LECRIM, justifica la desaparición del nuevo Código Procesal Penal en la necesidad de un nuevo pacto por la justicia, y la responsabilidad de los partidos políticos deberán hacerlo posible, sin la recurrente tentación de utilizar la corrupción como arma política.

Cada vez más, la integración y la convergencia de las legislaciones acorde con las directrices de la Unión Europea obligan a un compromiso entre las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros. De otra manera, nuestro procedimiento se convertirá en un corsé que no se adaptará a la realidad criminológica del país, sin elaborar las formas jurídicas de nuevo cuño que demanda la sociedad actual del Siglo XXI.

V. BIBLIOGRAFÍA

AMBROSIO, Loris de, El nuevo Código de Procedimiento italiano, Revista internacional de política criminal, 434, 1992.

ASENCIO MELLADO, José María. Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida, 1ª ed., Madrid, Editorial Trivium, 1989, pp. 9-10 y 159-195.

CARACCIOLI, Ivo, Modalités d'audition des dépositions et présentation de témoins dans le débat, Seminario Internacional de Derecho Comparado sobre prueba testifical en la Unión Europea, Madrid, 1996.

CORRAL ESCARIZ, Vicente. La lucha contra la corrupción urbanística en España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

FASSONE, Elvio, La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada, Revista del Poder Judicial, 48, 1997, pp. 417-463. Traducción del autor de éste artículo.

GUTIÉRREZ CHÁVEZ, Jorge. Corrupción en Italia. La muerte de un régimen, Entelequia. Revista interdisciplinar, Noviembre 2003.

<http://www.eumed.net/entelequia/es.lib.php?a=b003>. Consulta 1 de febrero de 2015.

HERRERO DE CASTRO, Rubén y BARRAS TEJUDO, Raquel. Globalización y crimen organizado. Mecanismos de lucha contra el crimen transnacional: La Inteligencia, en: Inteligencia y Seguridad 6, 2009, pp. 99-121.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José, Los “macroprocesos” problemas y soluciones, en: Choclán Moltalvo, José Antonio, Monográfico sobre las reformas procesales, Estudios de Derecho Judicial, 58, 2004, pp. 1-17.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José, Derecho Penal y Corrupción: Las garantías en los instrumentos penales de Investigación y Enjuiciamiento, en: Varela Castro, Lucianpo/Queralt Jiménez, Joan Josep, Monográfico sobre La corrupción en la gestión política, Cuadernos Digitales de Formación, 8, 2013 pp. 1-12.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Prólogo, en: Faraldo Cabana, P. (ed.), Nuevos retos del Derecho Penal en la era de globalización, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 10.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. El Ministerio Fiscal en el nuevo Código de Procedimiento Italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la Policía judicial, Poder Judicial, 34, pp. 260-267.

PRIETO MORERA, Agustín, Recensión sobre el libro editado por Vittorio Grevi, Processo Penale e Criminalità Organizzata, Boletín de la Facultad de Derecho UNED, 1996, pp.487-493.

RATCLIFFE, Jerry H. Defining Intelligence-led Policing. Willan Publishing, Cullompton, Devon, 2008, pp. 64-90. Existe Traducción de María de la Luz Andrade García-Peláez, disponible en:

http://www.eap.df.gob.mx/gestionpublica/images/19_UAIII_Tomo_3_Biblioteca_Seguridad_19_UAIII_Tomo_3_Biblioteca_Seguridad_Jerry_Ratcliffe.pdf. [consultado el 10 de marzo de 2015]

ROMA VALDÉS, Antonio, El Delito de Organizaciones y Grupos Criminales. Disponible en:

http://www.academia.edu/2394755/EL_DELITO_DE_ORGANIZACIONES_Y_GRUPOS_CRIMINALES. [consultado el 10 de abril de 2015]

SACRISTÁN PARÍS, Francisco. La cultura de inteligencia. La inteligencia en la lucha de las nuevas amenazas: LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL. Documento de Investigación sobre Seguridad Interior. Doc-ISIe nº 09/2012 y nº 11/2012. Instituto Universitario sobre Seguridad Interior (ISIe).www.iusi.es. [Consulta el 10 de febrero de 2015]

T.PIZZI, Williams/MONTAGNA, Mariagela, La batalla para el establecimiento de un Sistema penal acusatorio en Italia. Disponible en: lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la_batalla.pdf [consultado el 18 de febrero de 2015]. Traducido al español por Aníbal Gálvez Rivas y Marianella Melgar Maraza, del original William T. PIZZI/MONTAGNA, The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy, Michigan Journal of International Law, 25, 2004.

TUPMAN, Bill. Requisitos formativos de la Policía respecto a las nuevas modalidades delictivas, HARLAX 9, 1995, pp. 19 a 49.

VITTORIO GREVI, Processo Penale e Criminalità, 1ª ed., Bari, Editorial Laterza, 1993.

* * * * *

La trata de seres humanos

~Sacramento Ruiz Bosch~

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia FICP.

I. INTRODUCCIÓN

A tenor de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo, la trata de personas se define como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que tenga autoridad, que posea el control, sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

El delito de trata de seres humanos ha sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 5/2010, de 22 de junio. El preámbulo de la ley reconoce que no tiene otro objetivo que el de la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren.

La LO 5/2010 se ha mostrado especialmente sensible al problema de la trata de seres humanos, incorporando un amplio elenco de conductas delictivas que incriminan comportamientos que habían constituido hasta su promulgación dos elementos diferentes acuñados penalmente de forma igualitaria: el tráfico de inmigrantes y la trata de personas.¹

La referida ley ha introducido en el Libro II del Código Penal (en adelante CP) el Título VII bis, en el que únicamente se integra el artículo 177 bis, que es una norma de transposición al derecho español del delito de trata de seres humanos tal y como ha sido definido por el derecho internacional vinculante para España, si bien, como pone de relieve la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, sólo constituye uno de los

¹ NIETO GARCÍA, A. J., Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos, Diario La Ley, Nº 7867, Sección Doctrina, 28 May. 2012, Año XXXIII, Ref. D-219, La Ley, 5617/2012, p. 1.

pilares en los que se asienta la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la lucha contra ese fenómeno criminal.

La nueva regulación trae causa de los compromisos internacionales asumidos por España. En todos los Convenios internacionales o en las Directivas marco de la Unión Europea aparece como una cláusula de estilo la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas ante ciertas infracciones. Dichas sanciones pueden ser penales o administrativas (no se impone imperativamente la vía penal).

La rúbrica del nuevo Título VII bis respeta el consenso terminológico internacional en la materia,² aunque la tipificación se ha producido con bastante retraso en relación con la mayoría de los países de nuestro entorno.³ El nuevo tratamiento penal de este delito se acomoda a la sistemática de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se prohíbe la trata de seres humanos en el artículo 5.3 en el ámbito propio de protección de la dignidad de las personas, el derecho a la vida (art. 2), el derecho a la integridad de la persona (art. 3), la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4) y la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5).

Por medio de esta reforma el legislador decidió separar la regulación conjunta de los delitos de trata de seres humanos y de inmigración clandestina que, hasta ese momento, estaban unidos, en el reproche penal, en el art. 318 bis.⁴ En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio se afirma en el epígrafe XII que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Se puede definir así de forma diferenciada el tráfico inmigrantes y la trata de seres humanos: El tráfico de inmigrantes es “la facilitación de la entrada ilegal de una persona

² TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos (art. 177 bis y Disposición Final Segunda), en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, pp. 209-212.

³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Trata de seres humanos y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica, La Ley Penal, Nº 109, Sección Estudios, Julio-Agosto 2014, La Ley, 4908/2014, pp. 6-7.

⁴ MESTRE DELGADO, E., Nuevas formas de esclavitud, La Ley Penal, Nº 109, Sección Editorial, Julio-Agosto 2014, La Ley, 4907/2014, p. 2.

en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. La trata de seres humanos es definida como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios, para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.⁵

Las principales diferencias entre el delito de trata de seres humanos y el de tráfico ilícito de inmigrantes pueden resumirse en cuanto a sus fines, consentimiento, transnacionalidad y delito. Así, la trata de seres humanos, tiene como primordial y fundamental finalidad, la explotación, mientras que el delito de inmigración ilegal, los fines lo son de índole económico u otros de orden material, en cuanto al consentimiento, en el delito de trata, el consentimiento de la víctima de la trata resulta irrelevante, mientras que en el delito de tráfico ilícito de inmigrantes, el consentimiento tiene validez, en cuanto a la transnacionalidad, en el delito de trata no es necesario que concurra, mientras que en el delito de inmigración ilegal, es menester que concurra, y finalmente, el delito de trata lo es contra la persona, mientras que el delito de tráfico ilícito de inmigrantes lo es contra el Estado. Ello, no obstante, lo usual es que ambos delitos se hallen interrelacionados, ya que las redes delictivas están interconectadas (SAP Barcelona noviembre 2014).

Así pues, con la nueva regulación se ha pretendido atender al fenómeno de la expansión de la emigración contemplándolo desde sus diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del C. Penal); la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313); y la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis, bajo el título VII bis: "De la trata de los seres humanos").

El solapamiento parcial de los tres preceptos referidos puede producirse con cierta asiduidad ya que en todos ellos resulta afectados, si bien en diferente grado, la dignidad

⁵ NIETO GARCÍA, A. J., Diario La Ley, Nº 7867, pp. 2-3.

y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis, que hasta ahora contemplaba de forma inadecuada e insuficiente el fenómeno del tráfico de seres humanos hasta el límite de la explotación, fenómeno que, a tenor de los tratados y convenios internacionales firmados por España, requería una tipificación penal autónoma y de una mayor intensidad. Ahora, pues, tal como se dice en la exposición de motivos, la protección del art. 318 bis se centra ya más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, si bien ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza, vistas las circunstancias del caso concreto, la severidad propia de una auténtica explotación que permita hablar de una trata del ser humano. Y es que tampoco puede olvidarse que el art. 318 bis sigue refiriéndose literalmente al tráfico ilegal de personas y no solo a la inmigración clandestina" STS. 385/2012 de 10.5.

II. TIPO BÁSICO

El tipo básico de los delitos de trata de seres humanos se recoge en el primer apartado del artículo 177 bis del Código Penal, que dispone que

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de sus órganos corporales.

La trata de seres humanos se compone de tres esenciales elementos cumulativos: la acción, los medios comisivos y la finalidad de la explotación. Es decir, de medios coercitivos, fraudulentos y abusivos.

La trata forzada alude al empleo de vis física y de vis compulsiva.

La trata fraudulenta refiere al empleo del fraude y al engaño.

La trata abusiva viene configurada por el empleo de las situaciones de abuso de poder o de abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima (SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2014).

1. Las acciones típicas

En el plano objetivo, la conducta típica consiste en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona, nacional o extranjera, empleando violencia, intimidación o engaño, o bien abusando de una situación de superioridad o de necesidad, o de la vulnerabilidad de la víctima.

El delito puede cometerse no solo en territorio español (trata doméstica) sino también desde España, en tránsito o con destino a ella (trata transnacional). En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.⁶

En opinión de TERRADILLOS BASOCO la fórmula legal es de tal vaguedad e imprecisión que el intérprete ha de integrar, a partir de la rúbrica del Título, el elemento “trata” en el tipo, a pesar de que el legislador ha preferido no hacerlo.⁷

Argumenta la Circular 5/2011 de la FGE que el elenco de conductas enumeradas se corresponden con cada una de las fases del proceso movilizador en que la trata consiste:

- a) La captación de la víctima que se llevará a efecto normalmente en el lugar de su residencia habitual. La captación debe quedar orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada, eso es para ser desplazada o movilizada.
- b) El transporte, que se desarrollará por las zonas de tránsito; y el alojamiento que se producirá en el sitio de destino donde se pretende la explotación de la víctima. El transporte solo puede representar la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o a través de tercero.
- c) El término traslado, al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva, adquiere el

⁶ NIETO GARCÍA, A. J., Diario La Ley, Nº 7867, pp. 2-3.

⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos, 2010, pp. 209-212.

significado de entrega, cambio, cesión o, transferencia de la víctima, del mismo modo que la recepción indica esa misma relación desde la perspectiva de quien la toma o se hace cargo de ella. En ambos casos se comprenderán todos los supuestos de ventas entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre otra.

- d) Acoger, recibir y alojar refieren las conductas de quienes, ya sea con carácter provisional o definitivo, aposentan a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada.⁸

Sujeto pasivo de este delito puede serlo cualquier persona, nacional o extranjera. Resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. Uno de los mayores aciertos de la reforma de 2010 ha consistido en incluir dentro del paraguas normativo u órbita de protección del artículo 177 bis, no solo a los extranjeros, sino también a los españoles, los extranjeros comunitarios y a los extranjeros que cuentan con una autorización para residir en España (SAP Barcelona 15 noviembre 2014).

Se excluye, no obstante, la persecución de la trata cometida en el extranjero que no esté conectada con España.⁹

Al proteger el precepto un bien jurídico de naturaleza personalísima, en esencia la propia personalidad de la víctima, se cometerán tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas hayan sido tratadas, aunque todas ellas lo fueran en una acción conjunta, y en este mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia más reciente.¹⁰

2. Los medios comisivos

Los medios típicos son el empleo de violencia, intimidación o engaño, o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, que son relacionados en el artículo 177 bis con carácter alternativo en el sentido de que

⁸ Circular nº 5/2011 FGE.

⁹ GARCÍA SEDANO, T., El tipo de trata de seres humanos, La Ley Penal, Nº 109, Sección Estudios, Julio-Agosto 2014, La Ley 4909/2014 p. 2.

¹⁰ Por el contrario, MUÑOZ CONDE considera que aunque en el tipo se hable de una persona singular, a la que se llama “víctima”, existirá un solo delito aunque la trata recaiga sobre varios sujetos pasivos en la medida en que la conducta se refiera globalmente a varias personas al mismo tiempo y se realice en unidad de propósito como forma de una misma operación. Muñoz Conde, F., Derecho Penal, Parte especial, Tirant lo Blanc, Valencia, 20132013, p. 185.

cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en cada una de sus fases, lo que no supone que deba permanecer el mismo durante todo el proceso. Al contrario, cada conducta típica puede llevarse a cabo a través de un medio distinto, se puede captar con engaño y alojar con violencia. Si se llegara a acreditar la concurrencia de más de un fin, ello no dará lugar a la apreciación de una pluralidad de delitos de trata.¹¹

El engaño, puede revestir cualquier forma, con tal de que sea idóneo para determinar el consentimiento de la víctima.

La violencia y la intimidación, también pueden darse de cualquier forma, pero deberán ser idóneas para doblegar la resistencia de la víctima.

El abuso de superioridad, basado en una desigualdad relevante de fuerzas entre víctima y victimario, en la situación de necesidad objetiva en que se encuentra ésta, o en su especial vulnerabilidad personal, supone, además del presupuesto objetivo, que el autor se sirva de él de forma abusiva.

Así pues, en lo objetivo, los medios han de ser idóneos para neutralizar la voluntad contraria de la víctima; y en lo subjetivo han de perseguir esa finalidad. Así pues, actuar en situación de necesidad de la víctima, sin provocarla ni servirse de ella, recurrir a violencias gratuitas o engañar para reforzar un consentimiento previo no integran el tipo del Art. 177 bis.¹²

3. Las finalidades de explotación perseguidas

MUÑOZ CONDE considera que nos encontramos ante un delito de consumación anticipada porque si bien cualquiera de las finalidades es suficiente para realizar el tipo delictivo, no es necesario que se produzcan efectivamente¹³, es decir, para la consumación del tipo no es necesario que se cumplan las finalidades típicas.

En el delito de trata de seres humanos el dolo es tridimensional, ya que habrá de abarcar no sólo las conductas típicas previstas, sino también los medios comisivos exigidos, al menos con relación a los mayores de edad, y alguna de las finalidades de explotación mencionadas en el tipo, tanto cuando el tráfico afecte a adultos, como a menores. En consecuencia, sólo cabrá el dolo directo, pudiendo configurarse como un tipo de resultado cortado o mutilado en dos actos, según que sea el mismo sujeto u otro

¹¹ Circular nº 5/2011 FGE.

¹² TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Trata de seres humanos*, pp. 209-212.

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, 2013, p. 186.

distinto el que vaya a llevar a cabo, además de las conductas típicas de este delito, aquellas otras de materialización de los fines de explotación. Se alude a la consideración de dolo mutilado, de dos actos, el dolo inicial del autor que favorece el tráfico forzado, fraudulento o abusivo de personas y el dolo ulterior tendencial, enderezado a las finalidades descritas en el tipo.

Siguiendo la mencionada Consulta de la FGE, el delito de trata de seres humanos es un delito de tendencia que requiere que las conductas alternativas señaladas, ejecutadas empleando los medios también indicados, y se realicen con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) *La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, o a la mendicidad.*

Estos conceptos han sido expresamente definidos por el Derecho Internacional en distintos tratados o convenios de Naciones Unidas en relación con la *dominación del hombre por el hombre*.

1) *La imposición de trabajo o servicios forzados.*

Está dirigido a imponer a la víctima la realización de cualquier actividad o servicio contra su voluntad. El artículo 2.1 del Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930 define el trabajo o servicio forzado u obligatorio como el que es *exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*. Para el derecho internacional vinculante para España, el concepto de trabajo no solo comprende cualquier actividad laboral productiva reglada o no (agrícola, industrial, de servicios, doméstica, etc.), sino también otras actividades de naturaleza bien distinta como la recluta de menores para intervenir en conflictos armados o para la comisión de hechos constitutivos de delitos (Convenio OIT de 1999, *sobre las peores formas de trabajo infantil*).

2) *La esclavitud o prácticas similares a la esclavitud.*

Supone un *estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos* (artículo 1.1. Convención sobre la esclavitud de 1926; artículo 7 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956; artículo 7.2 c del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998). En esas situaciones, la persona esclavizada puede

ser utilizada para la realización de cualquier actividad lucrativa o no, entre ellas para satisfacer los apetitos sexuales de su dominador o de un tercero; si la persona ha sido *tratada* con la intención de ser utilizada como mero objeto sexual por el tratante no nos hallaríamos ante un supuesto del apartado b) del Núm. 1 del artículo 177 bis CP (*explotación* sexual, sino ante un caso específico de *finis de esclavitud sexual*. Consumado el atentado contra la libertad sexual daría lugar al correspondiente concurso de delitos, normalmente con el de agresiones sexuales de los artículos 178 y siguientes.

3) **La servidumbre.**

Se puede reducir a una persona a esta condición de cuatro formas:

- Por *deudas*, entendida como *el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.*
- De la *gleba*, es decir destinada a *vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición* (artículo 1 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956).
- Con el propósito de imponer un matrimonio forzoso a una mujer (cuando *una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas*, artículo 1 Convención suplementaria sobre la abolición de 'la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956). Esta es la forma en que se pueden encubrir gran parte de los casos de esclavitud doméstica y de esclavitud sexual.
- Cuando tenga por objetivo la venta o transmisión de una mujer (cuando *el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de*

cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera o la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona), o de un menor (cuando un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven) (artículo 1 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956). Aunque es valorado como finalidad específica, también constituye un *medio* para lograr cualquiera de los otros fines señalados.

4) ***La mendicidad.***

Siguiendo las orientaciones del derecho comunitario constituye una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del Convenio N° 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930, por lo tanto, la explotación de la mendicidad, incluido el uso en la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata, solo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso (considerando 11 de la exposición preliminar de la Directiva 36/2011/CE).

La mendicidad integra uno de los fines de la trata cualquiera que sea el sexo, edad o capacidad física o psíquica de la víctima. Si además se hubiesen utilizado a menores e incapaces en el ejercicio efectivo de la mendicidad una vez alcanzado el lugar de destino entraría en concurso con el delito del artículo 232. 1 CP. Sin embargo, los supuestos de *tráfico de menores con fines de mendicidad* del artículo 232.2 CP evidentemente pueden quedar comprendidos en el delito de trata (siendo menores no es necesaria la concurrencia de los medios comisivos), dando lugar a un concurso aparente de normas con el artículo 177 bis CP, a resolver de conformidad con el artículo 8. 4 CP, castigándose sólo por el delito de trata (criterio de alternatividad).

La Directiva 36/2011/CE incorpora un nuevo fin, la explotación para realizar actividades delictivas. Esta modalidad, según explica en su exposición preliminar, debe entenderse como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia

económica. Quizá es correcta su inclusión a modo de precisión, pero -como se argumenta en los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo- nada impide comprender esta modalidad en el concepto más amplio de servicios forzados.

b) *La explotación sexual, incluida la pornografía*

El apartado b) del nº 1 del artículo 177 bis CP se refiere a la explotación sexual, incluida la pornografía. Con ello se está comprendiendo cualquier práctica de naturaleza erótico-sexual. Aunque el concepto de pornografía sea un concepto difuso, abarcaría cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que con finalidad de provocación sexual, se contengan imágenes o situaciones impúdicas todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artº 3.1 del Código civil" (STS 373/2011).

El ánimo de lucro es consustancial con el concepto de explotación sexual.

En consecuencia, si la explotación sexual ha sido efectivamente llevada a cabo a través de la prostitución coactiva, el delito de trata entrará en concurso con el delito del artículo 188. 1 CP -en el caso de personas mayores de edad- o con el artículo 188. 2 o 3 CP, si fueran menores de dieciocho o trece años respectivamente o con el artículo 189 CP si los menores o incapaces fueran explotados sexualmente con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico.

c) *La extracción de sus órganos corporales*

El último de los apartados contempla la trata con fines de *extracción de sus órganos corporales*. La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos implica la *incorporación al proceso de trata* de la propia persona afectada para extraerle sus órganos corporales tal y como exige el Protocolo de Palermo y la Convención de Varsovia. Normalmente la extracción del órgano se realizará para ser posteriormente traficado o trasplantado, pero, como resalta la referida Consulta 5/2011 de la FGE, la redacción del artículo 177 bis CP no excluye otras posibilidades.

El nuevo delito de tráfico ilegal de órganos en muchos casos podría generar un concurso aparente de normas con el de trata de seres humanos, a resolver por el cauce del artículo 8.4 CP. Dadas las penas previstas sería de aplicación el artículo 177 bis CP cuando el órgano extraído no fuera principal. En estos casos, una vez practicada la

extracción, lo que pertenece a la fase de agotamiento del delito, el delito de trata entrará en concurso con el delito de lesiones o contra la vida, según el resultado efectivamente producido.

Todas las finalidades expuestas suponen la intención de que la víctima sea utilizada en provecho propio o de tercero, pues el artículo 177 bis CP no exige que el dominador o explotador sea el mismo tratante.

El delito se consuma sin necesidad de que los tratantes hayan logrado el efectivo cumplimiento de sus propósitos, es decir, no se requiere llegar a la explotación efectiva, bastando con que el sujeto pasivo haya sido ya captado para ello o se encuentre ya en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades a que se refiere el precepto.¹⁴

Si las finalidades se han alcanzado, el delito del artículo 177 bis CP entraría en concurso con cualquiera de los delitos consumados. La trata constituye, por tanto, el delito *antecedente* respecto de aquellos que pudieran perseguir situaciones de dominación o explotación -prostitución coactiva, explotación laboral, tráfico de órganos, etc.- que puede implicar la aparición de otro delito posterior distinto.

En el apartado 2 del artículo 177 bis se contiene una previsión especial para el caso de que la víctima sea menor de edad, no siendo en ese supuesto necesario que se emplee alguno de los medios del apartado 1:

Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

III. TIPOS CUALIFICADOS

Los tipos cualificados se contienen en el apartado 4 del artículo 177 bis, y obedecen a lo establecido en el art. 24 del Convenio de Varsovia.

Establece el precepto que:

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
- b) la víctima sea menor de edad;
- c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal, 2013, pp. 185-186.

Para delimitar el concepto de víctima acudiremos a la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, que la define como la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro. Las agravaciones se determinan en función de las circunstancias objetivas en que se produce el proceso de trata.

Las cualificaciones previstas son las siguientes:

1. Que con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima

Debe generarse una situación de riesgo cierto de lesión para la vida, salud o integridad física o psíquica de la víctima en cualquiera de las fases en que se desarrolla el proceso de trata. Por ello, si con ocasión del episodio de trata se produce la muerte o graves lesiones de la víctima no será de aplicación esta circunstancia calificadora, porque ello supondría valorar dos veces la misma circunstancia, sino que se deberá aplicar el tipo básico de trata del primer apartado del artículo 177 bis CP, en concurso ideal con el delito de resultado correspondiente.

El peligro para la víctima ha de afectar a bienes jurídicos esenciales (vida, salud) no incluidos entre los objetivos perseguidos por el autor e integrados en la estructura del tipo básico. Poner a la víctima en peligro de explotación sexual o laboral no puede, así, ser causa de agravación; con independencia de que esas situaciones puedan, autónomamente consideradas, ser constitutivas de delito, lo que dará lugar a la subsiguiente problemática concursal.

2. Que la víctima sea menor de edad

La menor edad de la víctima se tiene también en cuenta para configurar la circunstancia agravatoria en relación con el delito de trata perfecto, es decir cuando el tratante ha aplicado al menor de edad cualquiera de los medios comisivos descritos en el apartado primero del precepto.

La minoría de edad de la víctima es elemento que también se tiene en cuenta en el tipo básico: si concurre, no es preciso el recurso a medios violentos, intimidantes, engañosos o abusivos.

Para no entrar en contradicción con el principio *non bis in idem*, la apreciación de la agravante exige que sí se hubieran empleado aquellos medios, lo que daría lugar a la

aplicación del Art. 177 bis.1 agravado en los términos del apartado 4. Si no se hubieren utilizado tales medios, el precepto aplicable es el Art. 177 bis.2.¹⁵

3. Que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación

La exposición preliminar de la Directiva 36/11/2011/CE (*considerando* 12) contempla a modo de ejemplo distintos supuestos que podrían servir de fundamento para poder construir esta circunstancia (*el estado de gestación y el estado de salud*). No es posible prefijar todos los supuestos que en la realidad pueden darse, pero sí es debido llamar la atención de que necesariamente deben ser otros distintos de los que han podido ser tomados en consideración para configurar el tipo básico.

La especial vulnerabilidad de la víctima tanto puede tener un origen personal (discapacidad, enfermedad) como extra-personal (situación de necesidad o de inferioridad).

Por lo tanto, y a los mismos efectos de respetar las exigencias del *non bis in idem*, cuando tales circunstancias hayan sido determinantes de la apreciación de tipicidad, conforme al apartado 1, no procede su consideración como agravantes.¹⁶

Termina el apartado 4 diciendo que si concurren más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

La especial vulnerabilidad de la víctima tanto puede tener un origen personal (discapacidad, enfermedad) como extra-personal (situación de necesidad o de inferioridad).

Por lo tanto, y a los mismos efectos de respetar las exigencias del *non bis in idem*, cuando tales circunstancias hayan sido determinantes de la apreciación de tipicidad, conforme al apartado 1, no procede su consideración como agravantes.

La opción seguida por el legislador, en el sentido de no equiparar el tratamiento de víctimas menores y de las incapaces, crea aquí nuevos problemas, ya que obliga a considerar que, en el caso de éstas, está siempre presente el abuso de su especial

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos, pp. 209-212.

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos, pp. 209-212.

vulnerabilidad, lo que recorta extraordinariamente las posibilidades de apreciación de la agravante.¹⁷

Así como en atención a la particular vulnerabilidad de la víctima de trata, bien sea en razón de su enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal o sea menor de edad.¹⁸

IV. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Las circunstancias agravantes del delito de trata de seres humanos se recogen en los apartados 5 y 6 del artículo 177 bis CP. Estos apartados establecen:

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

Son pues, circunstancias agravantes específicas del delito de trata de seres humanos las siguientes:

1. Prevalerse el autor de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público

Este subtipo agravado hace referencia al delito especial impropio por la cualidad personal del sujeto activo del delito, toda vez que exige que la autoridad, sus agentes, o funcionarios *realicen los hechos* -evidentemente del tipo básico del delito de trata -de tal manera que si su participación fuera meramente accesorio, solo podría ser perseguido como cómplice del tipo básico común.

Esta agravación excluirá por inherencia la agravante de prevalerse del carácter público (art. 22.7.ª CP), so pena de incurrir en *non bis in idem*.¹⁹

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos, pp. 209-212.

¹⁸ GARCÍA SEDANO, T., La Ley Penal, Nº 109, p. 11.

2. Pertenencia a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades

La cualificación por pertenencia del culpable a una organización y, en su caso, por ostentar un cargo de dirección de la misma, refleja las previsiones del Protocolo contra la trata de Naciones Unidas y de la Decisión Marco contra la trata de la UE con remisión al concepto de organización de la Acción común 98/733/JAI.²⁰

Por dedicación a “tales actividades” hay que entender, en términos estrictos, la comisión reiterada de delitos de trata de personas. El concepto normativo de organización criminal que brinda el nuevo Art. 570 bis.1, párrafo segundo, tiene aquí poca eficacia limitadora o de concreción, en la medida en que la agravante del Art. 177 bis 6 CP va referida no sólo a las organizaciones, sino también a las meras “asociaciones”. Es posible que una asociación esporádica cometa un delito de trata de personas, pero no es posible afirmar que esté “dedicada” a ello. Por tanto, la transitoriedad, en un delito que difícilmente puede ejecutar una persona sola, debe aludir a algo más que a lo episódico o esporádico, que queda, así, al margen de la agravación.²¹

V. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE TRATA DE SERES HUMANOS

El reconocimiento expreso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se produce en nuestro ordenamiento jurídico con la L.O 5/2010 de 22 de junio, que deroga en número segundo del art. 31 del Código Penal de 1995 e introduce el art. 31 bis. Una de las novedades más importantes de esta reforma es la inclusión dentro de los sujetos de Derecho Penal a las personas jurídicas atribuyéndoles personalidad penal independiente a la responsabilidad de sus administradores o trabajadores que actúen en su nombre. La responsabilidad penal de la persona jurídica aparece regulada de manera autónoma respecto de la responsabilidad de la persona física que comete el delito.

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, viene a introducir novedades en la Ley de Enjuiciamiento Criminal referentes a la posición de las personas jurídicas en el proceso

¹⁹ GARCÍA SEDANO, T., La Ley Penal, Nº 109, p. 11.

²⁰ GARCÍA SEDANO, T., La Ley Penal, Nº 109, p.11.

²¹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos, pp. 212-214.

penal, tendentes a garantizar su derecho a la defensa y que suponen una adaptación del procedimiento penal a la reforma introducida en el Código Penal por LO 5/2010.

Dispone el apartado 7 del artículo 177 bis CP, que

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

VI. ACTOS PREPARATORIOS

Así mismo conforme al apartado 8 del artículo 177 bis CP “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente”.

La opción del legislador español excede lo exigido por la DM 2002/629/JAI y por el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, que imponían la punición de la tentativa, requisito que, en España, queda cubierto por las reglas generales. En opinión de TERRADILLOS BASOCO la exasperación punitiva es inexplicable si se tiene en cuenta el ámbito de aplicación del art. 570 bis del nuevo CP, que ya permite la punición de los actos preparatorios del delito de trata político-criminalmente relevantes.²²

VII. CLAUSULA CONCURSAL DEL APARTADO 9 DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Dispone el apartado 9 del artículo 177 bis CP que

En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

Regla pues general, que induce a apreciar concurso infraccional cuando además del delito de trata de personas, los hechos den lugar a la comisión, efectiva, de otros delitos. En principio, la regla veta apreciar concurso medial de delitos entre el de trata y aquéllos a los que sirve como instrumento, y clarifica además los supuestos de concurrencia entre la trata, los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y los delitos de explotación laboral, admitiendo el concurso de delitos si concurrieren los elementos fácticos de los artículos 177 bis, 318 bis y 311, todos del Código Penal.

²² TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos, p. 215.

Cuando la conducta objetiva del 177 bis se dirija no a la imposición de esclavitud o de trabajos forzados, sino a la imposición de condiciones ilegales de trabajo, en los términos del artículo 311 CP, el concurso se dará, a falta del elemento subjetivo del Art. 177 bis CP, entre los delitos de explotación laboral y, en su caso, de coacciones o amenazas. Y si la conducta se llevare a cabo mediante engaño, entrará en aplicación el Art. 312 CP.²³

Como razona la Circular 5/2011 FGE, son muchos los supuestos concursales que pueden originarse con ocasión del delito de trata de seres humanos: cuando concurren con otros delitos que integren en sí mismos los medios comisivos utilizados para lograr vencer la resistencia de la víctima (ejemplo, el delito de amenazas o coacciones) habrá que estar a las normas generales conforme a las cuales quedarán consumidos en la acción típica de trata, o, como ocurre con el delito de detención ilegal del artículo 163 CP, pero cuando no queden subsumidos entrarán en concurso real o medial según cada caso, en atención a que concurra o no la necesidad instrumental según la pacífica doctrina jurisprudencial sobre el artículo 77.1 CP.

VIII. LA REINCIDENCIA INTERNACIONAL

En el apartado 10 del artículo 177 bis CP, se determina que

Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

El Legislador español cumple así con las exigencias derivadas de los compromisos internacionales asumidos por España, significadamente del artículo 25 Convenio de Varsovia,

La admisión de la reincidencia internacional llevará consigo la equiparación de las sentencias condenatorias firmes dictadas por estos delitos, procedentes de países extranjeros, a las dictadas por los tribunales españoles a efectos de apreciar la agravante de reincidencia. Por exigencias del *principio de reinserción social*, no se tendrán en cuenta las citadas sentencias condenatorias internacionales si el antecedente penal que

²³ TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos, pp, 215-216.

ellas generaron ha sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho penal español (arts. 136 y 137 CP).²⁴

Deberá constar en las actuaciones una certificación autenticada de la sentencia extranjera en donde conste la fecha de su firmeza, todas las circunstancias fácticas y delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas; así como la certificación (en su caso, prueba de derecho extranjero) por el que se acredite la falta de cancelación de los antecedentes penales.

IX. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

El apartado 3 del artículo 177 bis CP establece que “El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.”

Se trata de un recordatorio de que la trata es un delito distinto y diferenciado de la explotación efectiva de la víctima en cualquiera de sus modalidades, es decir, una persona puede aceptar libremente realizar actividades integradas en la explotación sexual o laboral pero ser engañada o forzada en cuanto a los presupuestos que condicionan su desplazamiento (Circular 5/2011 FGE).

La cuestión en torno a si una víctima puede o no consentir un delito se entronca inevitablemente con la posibilidad de que le sea concedida la facultad de disponer de aquél bien jurídico o interés social que el legislador tuvo en miras al momento de configurar la sanción penal; el consentimiento podría ser eficaz para excluir la tipicidad sólo en aquellos delitos en los cuales el interés jurídico involucrado pueda ser disponible por su titular.

En muchos casos de trata hay un consentimiento o cooperación iniciales entre las víctimas y los traficantes, seguido después por una situación de coacción, abuso o explotación. Todo consentimiento inicial quedaría efectivamente anulado cuando comienza el engaño, sigue la coacción o hay abuso de poder en algún momento del proceso.²⁵

²⁴ GARCÍA SEDANO, T., La Ley Penal, Nº 109, p. 12.

²⁵ GARCÍA SEDANO, T., La Ley Penal, Nº 109, p. 10.

X. LA EXCUSA ABSOLUTORIA PARA LA VÍCTIMA DEL DELITO

Dispone el apartado 11 del citado precepto que

Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

Se requiere que la infracción, de cuya responsabilidad penal queda exento el sujeto, haya sido consecuencia de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso, que son elementos propios del delito de trata, no de las formas de explotación posterior, y además, la infracción no ha de ser respuesta a esa situación, sino su consecuencia. Finalmente, la exención de responsabilidad se condiciona a la “adecuada proporcionalidad” entre el hecho criminal y la situación de explotación.

El objetivo perseguido con la introducción de esta figura es salvar los obstáculos que se han venido planteando, por no concurrir la totalidad de los requisitos necesarios, en las eximentes de estado de necesidad, legítima defensa o miedo insuperable en conductas penales cometidas por las víctimas de trata.²⁶

En atención a la gravedad del delito, y en la misma línea que el Art. 177 bis del CP, el nuevo art. 59 bis de la Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España prevé la posibilidad de declarar a sus víctimas, “conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005”, exentas de responsabilidad administrativa, con la consiguiente facilitación del retorno o de la autorización de residencia y trabajo, siempre que concurren “circunstancias excepcionales” relacionadas con su cooperación con los fines de la investigación o de las acciones penales, con su situación personal o con las posibilidades de su integración social.²⁷

En cuanto a la determinación de la naturaleza de esta exención de pena cabría sostener dos opciones:

- a) Considerar que es una excusa absolutoria que solo afectaría a aquéllos en quienes concurra, ya que las demás personas tendrían la opción de poder denunciar los hechos.

²⁶ GARCÍA SEDANO, T., La Ley Penal, Nº 109, p. 10.

²⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos, pp. 216-217.

- b) Concluir que se trata de una causa de justificación, tesis que parece más acertada no sólo por los requisitos exigidos: exigencia de la ponderación de bienes, la referencia a la situación de inmediatez entre la situación de explotación y la defensa, sino también por la injusticia que supondría castigar al que ayuda a defenderse a la víctima de la trata, sobre todo, en situaciones de inminencia.²⁸

El artículo 177 bis CP no excluye de su aplicación ningún delito, ni siquiera el tipificado en el propio artículo 177 bis CP. Podría afirmarse que está pensando en aquellos supuestos en que, sin que concurren todos los requisitos configuradores del estado de necesidad o, según los casos, del miedo insuperable se ha producido una importante, patente y objetiva limitación del dominio de la voluntad de la víctima consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida, que por su situación de sometimiento se ve compelida a realizar los delitos ordenados por el tratante. Es evidente que dichas personas no son totalmente libres en la realización de esos actos -de participación- pero no alcanzan el nivel de exclusión de la acción típica por ausencia de voluntariedad ni, en caso de haber actuado por miedo a represalias, a quedar cubiertas por la exención de responsabilidad del artículo 20.6 CP, sobre todo teniendo en cuenta la rigurosa doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo interpretando cada uno de los elementos que la configuran. Así mismo sería proporcional que las víctimas quedaran exentas de la responsabilidad penal en relación con cualquier delito que hubiera cometido con ocasión del traslado a territorio español para facilitar su migración fraudulenta o subrepticia, especialmente los relativos a las falsedades documentales. A ello expresamente se refiere la exposición preliminar de la Directiva 36/2011/CE. También estarían bajo la esfera de la exención los casos de las víctimas tratadas con fines de explotación sexual que son obligadas a facilitar cualquier tipo de drogas o sustancias psicotrópicas o estupefacientes a los clientes (Circular 5/2011 de la FGE).

XI. BIBLIOGRAFÍA

FÁBREGA RUIZ, C.F., Inmigración y prostitución. Regularización, prohibición y lucha contra la trata. Una reflexión, Diario La Ley, Nº 7291, Sección Tribuna, 25 Nov. 2009, Año XXX, Ref. D-362, La Ley, 20155/2009 (versión on line autonumerada).

²⁸ GARCÍA SEDANO, T., La Ley Penal, Nº 109, p. 12.

GARCÍA SEDANO, T., El tipo de trata de seres humanos, La Ley Penal, Nº 109, Sección Estudios, Julio-Agosto 2014, La Ley, 4909/2014 (versión on line autonumerada).

MAPELLI CAFFARENA, B., Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual, La Ley Penal, Nº 57, Sección Legislación aplicada a la práctica, Febrero 2009, pág. 58, La Ley, 68/2009.

MESTRE DELGADO, E., Nuevas formas de esclavitud, La Ley Penal, Nº 109, Sección Editorial, Julio-Agosto 2014, La Ley, 4907/2014 (versión on line autonumerada).

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NIETO GARCÍA, A.J., Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos, Diario La Ley, Nº 7867, Sección Doctrina, 28 May. 2012, Año XXXIII, Ref. D-219, La Ley, 5617/2012 (versión on line autonumerada).

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., Trata de seres humanos y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica, La Ley Penal, Nº 109, Sección Estudios, Julio-Agosto 2014, La Ley, 4908/2014 (versión on line autonumerada).

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, Diario La Ley, Nº 6254, Sección Doctrina, 17 May. 2005, Ref. D-116, La Ley, 1288/2005 (versión on line autonumerada).

SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: artículo 318 Bis del Código Penal, Esta doctrina forma parte del libro "Extranjería y cooperación judicial internacional", Editorial CISS, Madrid, Junio 2010. La Ley, 14603/2010 (versión on line autonumerada).

VILLACAMPA ESTIARTE, C., El «nuevo» delito de tráfico de personas, Diario La Ley, Nº 5963, Sección Doctrina, 26 Feb. 2004, Año XXV, Ref. D-49, La Ley, 345/2004 (versión on line autonumerada).

TERRADILLOS BASOCO, J.M., Trata de seres humanos (art. 177 bis y Disposición Final Segunda), en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

* * * * *

La protección cautelar penal y civil de las víctimas de violencia de género

~Inmaculada Serrano Pérez~

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia FICP.

Resumen.- Todo tipo de violencia preocupa al legislador, pero la violencia doméstica y la violencia de género, como problema social que lo es, es el que más ha preocupado y sobre el que se ha dirigido el mayor esfuerzo legislativo con las reformas que sobre esta materia se han venido realizando. Así la Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, son dos claros exponentes del afán legislativo de otorgar a las víctimas de estos tipos de violencia, la protección necesaria, intentando alcanzar una acción integral y coordinada con el único objetivo de anteponer la protección de la víctima frente a la cantidad de normas y reformas operadas cuyo destinatario final era principalmente el delincuente.

La violencia de género es uno de los temas que más ha preocupado al legislador en estos últimos tiempos y prueba de ello han sido las numerosas reformas que sobre esta materia se han operado. La Ley 27/2003 reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica es un claro ejemplo de este afán reformador.

La exposición de motivos de esta Ley 27/2003 califica de “lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía” y para acabar con ella, se busca “una acción integral y coordinada”, siendo esta una de las principales novedades, pues por primera vez en nuestro Derecho Penal, se antepone la protección de la víctima a cualquier tipo de consideración político-criminal, es decir, frente a la cantidad de normas y reformas operadas, cuyo destinatario final era principalmente el delincuente, esto es, el autor de la acción delictiva, a que las normas van dirigidas a proteger de manera directa, inmediata y urgente al perjudicado, a la víctima de hecho delictivo entendida en sentido amplio, constituyendo así la gran novedad, la persona que tradicionalmente ha sido la gran olvidada, es ahora el centro de atención. Son por tanto, medidas cautelares que en el marco de un proceso penal trascienden del mismo para afectar a otros órdenes que de una u otra forma deben entenderse involucrados a la hora de proteger al sujeto pasivo del hecho delictivo, de ahí que no haya que buscar en ellas una prevención general como lo haría el derecho penal, sino una prevención particular, dirigida no ya al delincuente sino a la víctima y que, junto a esa prevención particular relativa a impedir la realización de nuevos actos violentos, puedan coexistir medidas de índole civil o social. Si se habla de “medidas legislativas que den una respuesta integral frente a la

violencia de género”. Así utilizamos el termino cautelar en el sentido de protección a la víctima, no de asegurar una resolución posterior que pueda dictarse en el proceso.

La realización de un hecho delictivo en este caso no se aborda solo con normas penales, ya sean sustantivas o procesales, sino que por trascender dicho hecho a otras ramas del derecho, deben abordarse también por estas últimas si se quiere dar una respuesta completa a la que alude la Ley en su exposición de motivos. Y fundamental resulta resaltar que esta Ley se aprobara por la unanimidad de todos los grupos parlamentarios, y si se haya visto reflejada la preocupación social de todos los ciudadanos.

Con la Ley 27/2003 se introduce el artículo 544 ter, dando protección especial a las víctimas de violencia de género. No hay que olvidar que antes de esta reforma, la regulación de las medidas de protección se consignaban en el art. 13 y en el art. 544 bis de a Lecrim. El primero de ello, establece como primeras diligencia a practicar, entre otras, la de proteger a ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas. Por otra parte, el segundo establece la medida de alejamiento con carácter general para los supuestos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 CP como medida provisional. Desde luego, se puede entender la medida de alejamiento aplicable a este tipo de delitos, y de hecho, el punto 4 del art, 544 ter Lecrim, establece que el Juez de Instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa, las medidas previstas en el art. 544 bis. Ahora bien, esta medida de alejamiento en ningún caso otorga protección en el ámbito civil o social, por cuanto no confiere un estatuto de protección integral a la víctima y su familia. No se puede identificar esta medida de carácter penal con una protección o cobertura civil, ya que no procede entender que bajo el alejamiento a la prisión, de forma solapada, se están resolviendo cuestiones de naturaleza civil, tales como el uso y disfrute del domicilio, un régimen de custodia de hijos, visitas y comunicación y mucho menos el establecimiento de un régimen de prestación de alimentos. Todas estas limitaciones se deben abordar y resolver de forma expresa por el Juez de Instrucción, pero sobre la base de una normativa en la que se recojan todas y cada una de estas medidas. No es factible restringir la custodia de los hijos al agresor con el pretexto de una orden de alejamiento con la víctima, pues, ni tiene idéntica naturaleza, ni su finalidad y objetivo coinciden.

Concluyendo, las facultades de los Juzgados de naturaleza Penal quedaría limitadas a lo que estrictamente es el alejamiento, debiendo acudir la víctima, si así lo

entiende conveniente, al procedimiento civil, para allí solicitar las medidas de naturaleza exclusivamente civil. Por ello, hay que entender el art. 544 ter Lecrim como absolutamente necesario y ensalzar la valentía del legislador al regular la orden de protección con este contenido plural y de naturaleza jurídica diferente en atención al contenido de cada medida adoptada. Pero es más, la protección del art. 544 bis Lecrim era de perfecta aplicación en materia de delitos, pero más discutible en materia de faltas, y no solo porque en materia de faltas no se prevea una instrucción propiamente dicha, sino fundamentalmente porque la legislación alude a delitos y, una interpretación extensiva cuando se limitan derechos fundamentales no es de recibo.

Se define Orden de Protección como la medida provisional de carácter jurisdiccional adoptada en el marco de un proceso penal en el que a través de un procedimiento rápido y sencillo, la víctima obtiene un estatuto integral de protección orientado a impedir la realización de nuevos actos violentos dirigidos contra su persona por parte del agresor, y al tiempo, permite establecer medidas de carácter civil así como obtener un título bastante para solicitar de la Administración, medidas de asistencia y protección social. Tiene un carácter cautelar, según así se recoge en la propia Ley de forma expresa en su exposición de motivos al decir en su punto II “es una acción cautelar de naturaleza civil y penal”. También en el propio articulado, en el punto 6 al referirse a las medidas de carácter penal donde las cataloga como de cautelares y en el punto 5 donde dice: “la orden de protección... comprenderá las medidas cautelares...”, medidas cautelares que podrán ser, penales, civiles y sociales o asistenciales, siendo sus principales características su provisionalidad e instrumentalidad.

El término de medida cautelar tiene un significado distinto al sentido técnico procesal que pudiera darse, puesto que tal medida, no tiende a asegurar la realización práctica de la resolución final que se pueda dictar en un proceso penal, esto es, en sentencia. Esta característica de la medida cautelar ha sido recogida de forma expresa en la Lec en el art. 721 como: “necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”. Así pues, la medida que se configura en la Ley debe entenderse como cautelar en el sentido de protección directa de la víctima y no de protección al resultado final del proceso, de ahí que desde un punto de vista técnico deba hablarse de medida provisional mas que de medida cautelar. Del tenor del art. 13 Lecrim, cuando dice: “Se consideran como primeras diligencias... la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus

familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis Lecrim. Otro argumento más para entender el termino cautelar como referido a proteger a la víctima y no en sentido técnico procesal, como antes se ha indicado, lo encontramos en la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en donde, en su capítulo IV se denominan “Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”, y en el art. 69 de la citada Ley, dentro del Cap. IV se dice “Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen: en este caso, deberá hacerse contar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.

Una de las características más relevantes de estas medidas cautelares es que, estas se mantendrán durante la tramitación del proceso, finalizado el mismo, la medida cautelar desaparece, pudiendo transformarse en una pena en su caso. La accesoriedad de la medida cautelar expresa que, el proceso penal puede existir sin medida cautelar, pero no al contrario, por tanto, hay una relación de subordinación y ello se desprende el artículo 544.1 ter Lecrim al decir que: “el Juez de Instrucción dictara orden de protección... en los casos en que existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta...”. Además se caracterizan estas medidas por su provisionalidad por cuanto, están limitadas en su duración ya sea de forma específica o genérica y a resultas del proceso, pues no nacen con una vocación definitiva ya que desde un principio se sabe que, desaparecerán o se transformaran. Y ello es consecuencia del carácter accesorio de las medidas cautelares, por cuanto como accesorias que lo son, están referidas a un procedimiento principal y una vez dictada sentencia condenatoria y esta adquiere firmeza, la medida deja de ser cautelar iniciándose entonces, y en su caso, la ejecución de la pena impuesta.

Es claro que las medidas cautelares no pueden adoptarse por la Administración, pues estas serán adoptadas por el Juez de Instrucción en el marco de un proceso penal en el que, el Ministerio Fiscal tan solo tiene competencia para instarla, competencia que alcanza a la víctima o incluso acordarse de oficio. Y así se dice: “El Juez de Instrucción dictara orden de protección... art. 544 ter.1” y “el Juez de guardia resolverá mediante auto...” art. 544.ter.4.par.4.

La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Género atribuye así mismo, a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la competencia para la adopción de

las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia. Esta competencia es acorde con las anteriores, pues si se trata de dar protección desde un principio a una víctima ante la existencia de un hecho ilícito de carácter penal, que será enjuiciado por un órgano judicial, parece que lo propio es atribuir de igual modo a un órgano judicial las incidencias y cautelas que hayan de adoptarse hasta que se decida sobre la cuestión principal.

Otra característica a destacar de las medidas cautelares es su revocabilidad, por cuanto, puede ser modificada o dejada sin efecto en cualquier momento durante la instrucción de la causa y puede ser, tanto de oficio como a instancia de parte, teniendo en cuenta que la modificación de oficio solo cabe para imponer una medida de carácter menos restrictiva, no para agravarla. Puede a su vez ser, total o parcial, total, cuando desaparezca la medida que se había impuesto, mientras que la revocación parcial supone un menor riesgo de la misma. Para agravar la medida cautelar se deberá contar con la petición del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, cuando lo que se adopte sea una medida de prisión y exige un cambio en las circunstancias que motivaron su adopción.

Temporalidad es quizás la característica más relevante, por cuanto existe un límite máximo, pues comprende, desde el inicio del procedimiento hasta el comienzo de la ejecución de sentencia, por lo que se incluirá también la sustanciación de los recursos. Esta nota de temporalidad, que guarda relación con la provisionalidad, se aprecia de distinta forma según el tipo de medida cautelar. Así para el caso de tratarse de medidas de carácter penal, la propia ley en su punto 6 dice: “sus requisitos, contenido y vigencia, serán los establecidos con carácter general en 1 ley”, por lo que tratándose de una medida de prisión, la duración será la establecida en el art. 504 Lecrim. Sin embargo, cuando se trate de una medida de carácter civil, su duración viene fijada ya en el propio punto 7 párrafo 2.

Como anteriormente se ha indicado, no cabe adoptar medida cautelar alguna que no esté previamente establecida en la Ley. Este principio se contrapone al de indeterminación de las medidas cautelares y la problemática suscita de, si nos encontramos ante un *numerus apertus* o *clausus*. Respecto de las medidas penales, el propio art. 544 ter Lecrim se remite a lo dispuesto en la Ley y así se dice: “las medidas de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal”, lo cual no debe interpretarse como de carácter indeterminado.

En cuanto a las medidas civiles, en su punto 7 dice:

estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, lo que supone, así mismo, un *numerus clausus*, salvo en lo relativo a menores, donde se podrá adoptar cualquier medida tendente a evitar al menor, peligros o evitarle perjuicios.

En términos similares se expresa la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al decir en su art. 61 “las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales”.

Es de indicar que, la medida cautelar solo se adoptara cuando sea estrictamente necesaria. En este caso la necesidad es una “necesidad de protección a la víctima” al resultar una situación de riesgo. El art. 544 ter habla de “... resulte una situación objetiva de riesgo para la victima que requiera la adopción...” y por otro lado, el art. 68 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dice: “Las medidas restrictivas de derecho contenidas en este capítulo, deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad”.

Estas medidas, al contrario de lo que sucede con las del art. 544 bis, exigen la convocatoria de una audiencia, en la cual, tras oír a las partes se decide sobre si se adopta o no. No obstante , y debido al carácter heterogéneo de las medidas, precisa de matización, ya que, de adoptarse la medida de alejamiento, el Juez de Instrucción, conforme al apartado 4º in fine del art. 544 la podrá adoptar en cualquier momento, respetando, eso sí, los principios de contradicción, audiencia y defensa.

Conforme establece el punto 2 del art. 544 ter Lecrim, la orden de protección será acordada por el Juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga alguna de las relaciones indicadas en el art. 1732.2 CP, o el Ministerio Fiscal. Por tanto, la legitimación activa se atribuye en base a la relación del agresor con la víctima y así será: el cónyuge; persona que este o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia; descendiente, ascendiente, hermano por naturaleza de adopción o afín, ya sean propios o del cónyuge o conviviente; menores o incapaces que con el convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o

guarda de hecho del agresor o de su cónyuge o conviviente; persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar del agresor; y por último, las personas que por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

A las entidades asistenciales, ya sean públicas o privadas, la Ley, para favorecer la protección de las víctimas, les faculta para solicitar la orden de protección desde el momento en que tengan conocimiento de la existencia de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual o libertad o seguridad, sin perjuicio de deber de denuncia. Al contrario de lo que ocurre con otras medidas cautelares, tal como la prisión provisional, que solo puede acordarse a instancia del Ministerio Fiscal o de parte acusadora, la orden de protección puede ser acordada también de oficio. En consecuencia, parece que se quebraría el principio acusatorio sobre esta materia, para regirse por un principio de oficialidad. No obstante, es de indicar que cuando se refiere el art. 544 ter Lecrim, a las medidas civiles se dice. "... deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces..." de ahí que, en materia de medidas civiles, rija el principio rogatorio y solo podrán adoptarse a instancia de parte de la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal si existen menores o incapaces.

Para el supuesto de medidas penales, no rige en su totalidad el principio de actuación de oficio, pues el punto 6 del art. 544 ter Lecrim, señala que se podrá adoptar cualquier medida de carácter penal que se recoja en la legislación procesal penal, remitiéndose a la legislación procesal criminal en cuanto a los requisitos pues no hay que olvidar que, en lo que a prisión provisional se refiere, solo puede acordarse a petición del Ministerio Público o de una parte acusadora. El art. 544.4 Lecrim señala que. "el Juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordara la libertad del imputado que estuviera detenido" conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. En todo caso, el fundamento de la posibilidad de adoptarse de oficio, en lo que a medidas penales se refiere, y dejando aparte la prisión, debe buscarse en la finalidad de esta medida, la protección de la víctima de forma inmediata y urgente, es decir, el carácter tuitivo que desde un principio se defiende en cuanto a la naturaleza del alejamiento.

La legitimación en materia de violencia de género se recoge en el art. 51.2 de las Ley Orgánica 1/2004 al decir:

... de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida.

Los lugares donde pueden efectuarse la solicitud, son los fijados en el punto 3 del art. 544 ter Lecrim. Y así, se puede presentar ante la autoridad judicial, ya sea Juzgado de Guardia, punto 4, o ante el Juzgado que conozca la causa, punto 11. La consecuencia de presentarse ante el Juzgado, ya sea el de guardia o el que conozca la causa, es que a la petición no podrá acompañarse atestado policial que haya servido de investigación respecto de los hechos que se estén denunciando, y que a su vez, pueda servir para basar el Juez su resolución sobre la petición de la medida cautelar. A este inconveniente hay que añadir que el art. 795 Lecrim, en la redacción dada por la Ley 38/2002 de 24 de octubre para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, precisa para la incoación de diligencias urgentes, que el proceso penal se incoe como consecuencia de un atestado policial, de ahí se desprende que, en el supuesto de presentarse esta denuncia, a la cual ira unida la petición de orden de protección, en el Juzgado de guardia no pueda, por imperativo legal, el tramitarse la misma como diligencias urgentes, inconveniente este que podría salvarse si, el requisito del atestado policía no fuera imprescindible, por no ser necesario para el agotamiento de la instrucción la práctica de diligencia alguna, sin perjuicio de reservar para el plenario de la misma. No obstante, como se ha señalado, la Ley exige, entre otros requisitos, que se inicie el procedimiento por atestado policial para que pueda incoarse diligencias urgentes, pues además, se precisa o la detención o al citación del imputado ante el Juzgado de Guardia.

En todo caso, ha de distinguirse entre enjuiciamiento rápido por delitos, del enjuiciamiento rápido por faltas. En este segundo supuesto, la Lecrim, y cuando los hechos revistan el carácter de falta, establece en el art. 963.2 como el Juzgado de guardia celebrara de forma inmediata el juicio de faltas, si, estando identificado el denunciado, fuera posible citar a todas las personas que deban ser convocadas mientras dure el servicio de guardia, y concurren los requisitos del art. 963. En este caso, el denunciado será citado no solo a juicio, sino también se le advertía que la audiencia para resolver sobre la orden de protección se sustanciara simultáneamente con el acto de la vista del juicio de faltas, conforme al art. 544 ter apartado 2º Lecrim. Todas estas advertencias, deberán fijarse en la citación que se efectuó al denunciado, dado que, de

no hacerse podría dar lugar a motivos de nulidad. Por último y tratándose de juicios de faltas, la celebración del mismo, debe hacerse dentro de las setenta y dos horas, plazo que viene fijado por la orden de protección.

Puede presentarse y, o, solicitarse también, ante la Fiscalía, en las oficinas de Atención a la Víctima, o en los Servicios Sociales o Instituciones Asistenciales dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Es precisamente en estas últimas dependencias donde a la víctima se le puede prestar un servicio de apoyo desde el principio, acompañando a la víctima a la hora de presentar la denuncia, orientándola y aconsejándola, así como dando una cobertura y protección ya de carácter asistencial y de apoyo psicológico.

En último término se establece como lugar donde podrá solicitarse la orden de protección ante la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Ello merece especial atención, sobre todo teniendo en cuenta que es, en este supuesto, en el que la policía puede y debe tramitar el atestado como un atestado de enjuiciamiento inmediato y donde, tras practicar las actuaciones policiales que entienda por conveniente, lo remitirá al Juzgado de Guardia para la incoación de diligencias urgentes, con o sin atestado, dado que, expresamente, es uno de los delitos en los que procede seguir el procedimiento para el enjuiciamiento inmediato, según así dispone el art. 795.2 Lecrim. Y para el caso de considerar los hechos como falta, procedería un señalamiento inmediato con citación a las partes por parte de la policía conforme así dispone el art. 962 Lecrim. En el supuesto de que el atestado sea tramitado como juicio rápido con detenido, es de indicar que el imputado/detenido, será informado de los hechos que han motivado su detención, será asistido de letrado desde un primer momento durante la tramitación de las diligencias urgentes, y por ende, también en la audiencia para resolver sobre la solicitud de orden de protección.

Si el atestado es tramitado como juicio rápido sin detenido, en la citación deberá advertírsele al imputado, no solo que comparecerá para ser oído en declaración, sino también de la existencia de solicitud de orden de protección, que será resuelta de forma simultánea en la audiencia prevista en el art. 798 Lecrim, relativo al procedimiento de diligencias urgentes. No obstante, y de forma imperativa, el imputado en este caso está también asistido de letrado para la defensa de sus intereses y no solo para la causa penal sino también en lo que se refiere a la solicitud de orden de protección.

La adopción de toda medida cautelar y orden de protección, exigen la concurrencia de una serie de presupuestos, sin los cuales, no cabe hablar de medida cautelar propiamente dicha. Y nos referimos al *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Respecto del *fumus boni iuris* supone que el hecho que se está investigando presenta caracteres de delito o de falta cometido por el autor a quien se le intenta aplicar la medida cautelar solicitada, y esto supone la apariencia de buen derecho, requisito que aparece recogido con claridad meridiana al referirse en el punto 1 del art. 544 ter Lecrim cuando dice: “existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta...”. Estos indicios fundados no implica ni significa que existan pruebas plenas contra el autor de los hechos al que se le aplicara la medida cautelar, pues será suficiente para su adopción que existan motivos bastantes para creer que el autor tuvo alguna participación en el hecho delictivo, y así se refiere a indicios fundados y no de prueba plena.

Además de esta apariencia en cuanto a autoría se refiere el hecho imputado no debe ser cualquier hecho delictivo, sino que ha de ser un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, la libertad sexual o la libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP. Es decir, la orden de protección exige que además de esa relación con la víctima y agresor, el hecho imputado sea uno de los descritos, así no procedería ante un impago de pensiones o una desobediencia por incumplimiento de régimen de visitas etc.

Con la reforma operada en la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, la mayoría de las denuncias presentadas en materia de violencia de género pasaran a tramitarse como diligencias previas o urgentes, pues no hay que olvidar que esta reforma califica como delito, el maltrato de obra a otro sin causarle lesión, quedando calificado como falta los insultos, vejaciones y amenazas leves, siempre y cuando, estas últimas no se hayan efectuado con armas u otros instrumentos peligrosos, art. 153 CP.

Respecto al *periculum in mora*, se refiere a la necesidad de adoptar las medidas necesarias para que el bien jurídico protegido por el delito se proteja, de tal forma que se eviten nuevos ataques contra el mismo que por el presunto autor se puedan producir, por cuanto, la finalidad de un proceso penal, no solo es dar los pasos necesarios para dictar una sentencia que resuelva sobre la culpabilidad o la inocencia de una persona. Y a este requisito se refiere la Ley cuando dice “la situación objetiva de riesgo”. No hay que olvidar que de los que se trata es de proteger a la víctima de una situación en que se encuentra, dotándola de un estatus de protección integral frente a esa situación. El

proceso penal, no solo debe buscar la verdad material, sino que por imperativo del art. 13 Lecrim, son primeras diligencias entre otras: “el dar protección a los perjudicados”: El proceso penal ya no se limita a preparar el juicio practicando las actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración del delito, la culpabilidad de los delincuentes, tal y como dispone el art. 229 Lecrim, sino que va mucho más allá, se ha de proteger a la víctima desde un primer momento, tratando de evitar nuevas situaciones de peligro. En este caso, el término cautelar ha de interpretarse como tuitivo, de protección, para asegurar, proteger de forma efectiva y material el bien jurídico contra el que el delincuente está atentando. La protección de la víctima, no debe aplazarse a momentos posteriores, razones de urgencia hacen que esta protección deba forjarse desde un primer instante, esto es, desde la interposición de la propia denuncia.

Este carácter tuitivo o de protección de bienes jurídicos que pueden tener las medidas cautelares, también ha sido tenido en cuenta a la hora de abordar la prisión provisional en su reforma operada por Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre, al decir que mediante la prisión provisional, se debe perseguir algunos de los siguientes fines: C) evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP. Además, en estos casos, nos era aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este art. 503 Lecrim. La situación objetiva de riesgo se obtendrá desde la entidad de los hechos, su reiteración, la existencia de denuncias o sentencias anteriores y circunstancias de todo tipo, tanto de la víctima como del agresor anteriores, coetáneas y posteriores a la realización del ilícito penal.

Con la orden de protección se pretende dotar a la víctima de un estatuto integral, cuya finalidad es que, una misma resolución pueda incorporar de forma conjunta, medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de acudir a un proceso judicial en materia civil. Además, supone el que se ponga en funcionamiento de forma automática los mecanismos de protección social que en sus sistemas jurídicos tengan establecidos todas las Administraciones, Estatal, Autonómica y Local, según así viene recogido en la propia exposición de motivos en su punto II.

Las medidas que se podrán adoptar en la orden de protección serán medidas de orden penal, recogidas en el art. 544 ter punto 6 Lecrim, y podrán consistir en

cualquiera de las previstas en la legislación penal; medidas de naturaleza civil, que serán las medidas reguladas en los procesos de familia en cuanto a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, prestación de alimentos, medidas que tendrán un carácter cautelar, con una limitación temporal, vigencia de 30 días para poder interponer demanda de divorcio, si bien este plazo de prórroga por otros 30 días si la víctima o su representante legal acude a la jurisdicción civil siendo el Juez el que deba ratificar, modificar o derogar en el proceso de familia correspondiente las medidas adoptadas y en el que rige el principio rogatorio, puesto que tendrán que ser interesadas a petición de parte o a instancia del Ministerio Fiscal en el caso de la existencia de menores o incapaces, art. 544.7 ter Lecrim; y por último medidas de carácter asistencial referidas a todas aquellas medidas de protección social y asistencial que se encuentran recogidas en el ordenamiento jurídico.

La resolución de las medidas cautelares se acordara mediante Auto, conforme así dispone el punto 4, apartado 4 del art. 544 ter Lecrim, tanto si se accede a la petición como si no y se mantendrán mientras dure la tramitación de la causa, por ello se dice que son de naturaleza accesoria, pues estas se agotan con sentencia firme.

En conclusión a todo lo reseñado, la consecuencia fundamental en relación a la víctima de violencia de género es que se la dota de un estatuto integral que abarca aspectos penales, civiles y administrativos, y además, la víctima va a tener un conocimiento especial de todo lo referente al proceso en cuanto a la situación procesal del imputado. Tendrá reconocidos los beneficios legales que señala la Ley en materia de asistencia jurídica, así como una tramitación preferente en sus peticiones ante el Colegio de Abogados y con el registro central para la protección de las víctimas de violencia de género creado ex proceso para estos casos, se tendrá cumplida información en la tramitación de causas penales y civiles y poder llevar un perfecto seguimiento de las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

BERBELL, Carlos, La violencia domestica en el mundo, en: Violencia domestica: su enfoque en España y en el Derecho comparado, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, pp. 241-250.

SANZ DÍAZ, Lucía, La violencia domestica en el ordenamiento jurídico español.

Aspectos sustantivos en la violencia domestica; su enfoque en España y en el Derecho comparado, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, pp. 56-57.

UTRILLA HERNÁN, Resurrección, Primeras diligencias de protección a la víctima en el proceso penal. Medidas cautelares. Futuras reformas legislativas, en: Violencia Domestica. Estudios Jurídicos Secretarios Judiciales, Tomo I-2003. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, pp. 493-510.

* * * * *

La participación ciudadana en la Administración de Justicia: el Jurado

~Silvia Vivó Cabo~

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socia FICP.

Resumen.- La participación ciudadana se encuentra íntimamente relacionada con la democracia participativa. El objetivo de ésta es la integración de todos los sectores de la sociedad (entidades territoriales, ciudadanos, organizaciones y entidades, expertos...) en los procesos de toma de decisión. La Constitución Española de 1978 en su artículo 24 reconoce el derecho de todas las personas al acceso a la justicia, que se ve reforzado por el artículo 119 al garantizar que la justicia será gratuita, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Por su parte, los artículos 9 y 23 proclaman, respectivamente, la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, así como el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Esa participación se concreta, respecto de la Administración de Justicia, en el artículo 125 de la Carta Magna.

I. EL TRIBUNAL DEL JURADO

La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos es un derecho reconocido por la generalidad de los sistemas democráticos. Acuñada por MONTESQUIEU la conocida teoría de la división de poderes, los ciudadanos, sobre la base del principio de soberanía nacional, intervienen en la elección de sus representantes, directa o indirectamente, tanto del poder legislativo como del ejecutivo. No acontece lo mismo con los miembros del poder judicial, los cuales son designados por mecanismos ajenos a la voluntad popular, siendo los ciudadanos meros sujetos pasivos de la actuación de este tercer poder del Estado. Sin embargo, en la mayoría de los países de nuestro entorno, y también en el nuestro, aparece un resquicio por donde el pueblo (los justiciables) puede intervenir, sino en la designación de los miembros del poder judicial, sí impartiendo justicia en determinados supuestos mediante la institución del Jurado. A través del artículo 125 de nuestra Constitución quedó consagrada constitucionalmente la necesidad de la futura instauración de los Tribunales de Jurados en el ámbito penal. Fuente de arduas polémicas doctrinales, el Jurado ha vuelto a ser instaurado en España cumpliendo con el mandato constitucional.

El proceso penal con Jurado ha sido instaurado por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, llamada Ley del Tribunal del Jurado (en adelante L.O.T.J.), con las modificaciones introducidas por la Ley 8/1995, de 16 de noviembre, de modificación de la L.O. 5/1995, del Tribunal del Jurado. El legislador español, al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Española, podía haber optado por un modelo de Jurado puro o

por un modelo de Jurado escabinado. Así, el Jurado puro está compuesto por dos secciones: la denominada Sección de hecho o Jurado integrada exclusivamente por ciudadanos legos en Derecho, que se pronuncian sobre los hechos, y la Sección de Derecho o Tribunal, a la que le corresponde la aplicación del Derecho. Este modelo es propio de los países anglosajones (Inglaterra, Estados Unidos, etc.). Y el Jurado escabinado, por el contrario, está compuesto por ciudadanos legos y Magistrados profesionales (más ciudadanos legos que profesionales, normalmente un Magistrado por cada tres jurados) que se pronuncian conjuntamente en torno a los hechos y su calificación jurídica. Este modelo es propio de los países de nuestro entorno (Francia, Alemania, Italia, Portugal, etc.).

Pues bien, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, ha optado por el modelo de Jurado puro, siguiendo nuestra tradición histórica. En concreto, según los artículos 2, 3 y 4, el Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados (y dos suplentes) y un Magistrado-Presidente. A los jurados les corresponde emitir el veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable y proclamando la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos, mientras que el Magistrado-Presidente será el encargado, entre otras funciones, de dictar sentencia en la que acogerá el veredicto del Jurado e impondrá, en su caso, la pena y medida de seguridad que corresponda. Este es el objetivo final de la Ley reguladora de la Institución del Jurado: articular el modo en que el ciudadano va a poder participar en la administración de justicia. Sin embargo, es indispensable solventar otros muchos problemas que esta meta conlleva, desde indicar quiénes reúnen las condiciones para ser jurados, su elección, modo y forma de trabajar los jurados, procedimiento a seguir, emisión del veredicto, hasta que se dicta la sentencia y recursos que contra ella caben; son algunos de los hitos estructurales básicos que la Ley de Jurado va a tratar de regular.

1. Composición

La composición del Jurado establecido por la Ley de 1995 sigue la estructuración propia del modelo de Jurado Puro con una Sección de Hecho y una Sección de Derecho.

La Sección de Hecho estará integrado por un total de 9 ciudadanos o jueces legos más otros 2 en calidad de suplentes para los casos de enfermedad u otra imposibilidad análoga de alguno de los jurados titulares y un Magistrado Presidente.

En la Sección de Derecho el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, en principio será un Magistrado de la Audiencia Provincial, cuando el Juicio del Jurado se desarrolle en el ámbito de la Audiencia Provincial. Si se trata de supuestos de aforamiento y el aforado lo es dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma, será un Magistrado de la Sala civil-penal del Tribunal Superior de Justicia.

2. Funciones

En cuanto a las funciones, a los Jurados les corresponde emitir el veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable y proclamando la culpabilidad o inocencia de cada acusado por su participación en el hecho/s delictivos, aportando los elementos de convicción sobre los que ha apoyado estas declaraciones. Para la adopción de decisiones y emisión del veredicto, la Ley prevé la mayoría cualificada como sistema de decisión, si bien distingue según el veredicto sea de culpabilidad o de inocencia. En el primer caso, (culpabilidad) exige una mayoría cualificada: siete votos de los nueve posibles. En el segundo, (inocencia) basta con mayoría simple (cinco votos de los nueve posibles).

El Magistrado Presidente será el encargado, entre otras funciones, de dictar sentencia en la que recogerá el veredicto del Jurado e impondrá, en su caso, la pena y/o medida de seguridad, así como las responsabilidades civiles que corresponda. Le corresponde además la función de dirigir y controlar la legalidad de las actuaciones de las partes y del propio Jurado.

3. Constitución del jurado

Determinar exactamente qué ciudadano concreto va a ser jurado en un juicio penal concreto requiere una regulación detallada, muy cuidadosamente en sus términos, al estar en juego varios principios constitucionales: igualdad, no discriminación, proporcionalidad, libertad de conciencia, derecho a la propia imagen, además, naturalmente del derecho al Juez legal predeterminado por la Ley y de los propios principios de la independencia judicial e imparcialidad.

Como dice GÓMEZ COLOMER, la organización del llamamiento se realiza en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado teniendo en cuenta las siguientes fases: 1ª) Decisión inicial de quiénes no pueden ser miembros en abstracto de un Tribunal del Jurado, por no reunir los requisitos exigidos. 2ª) Decisión, de entre los seleccionados, de quiénes de ellos deben estar disponibles durante un período de tiempo o sesiones para

poder ser llamados a constituir el Tribunal del Jurado. Y 3ª) De los disponibles durante el período de tiempo, decidir finalmente quienes han de constituir el Tribunal del Jurado para una causa concreta. Esta materia está regulada en los artículos 13 a 23 y 38 a 41 de la LOTJ.

Procedimiento de selección

En general, el procedimiento de selección se produce cada dos años, comenzando el 15 de septiembre y finalizando el 31 de diciembre de los años pares. Las fases son:

a) *Listas de candidatos a jurados:*

Las Delegaciones de la Oficina del Censo Electoral efectuarán un sorteo por cada provincia, dentro de los quince últimos días del mes de septiembre de los años pares, a fin de establecer la lista bienal de candidatos a jurados. A tal efecto, los presidentes de las Audiencias Provinciales, con una antelación mínima de tres días a la fecha prevista para el sorteo, determinaran y comunicarán al Delegado de aquella Oficina el número de candidatos a jurados que estimen necesario obtener por sorteo dentro de la provincia. Dicho número se calculará multiplicando por cincuenta el número de causas que se prevea vaya a conocer el Tribunal del Jurado, en estimación hecha atendiendo a las enjuiciadas en años anteriores en la respectiva provincia, más su posible incremento.

Los candidatos a jurados a obtener por sorteo se extraerán de la lista del censo electoral vigente a la fecha del sorteo, ordenada por municipios, relacionada, dentro de éstos, alfabéticamente y numerada correlativamente dentro del conjunto de la provincia. Dicha lista se remitirá para su anticipada exposición durante siete días a los respectivos Ayuntamientos.

El sorteo, que se celebrará en sesión pública previamente anunciada en un local habilitado al efecto por la correspondiente Audiencia Provincial, se desarrollará en la forma que reglamentariamente se determine. Dentro de los siete días siguientes a la celebración del sorteo, cualquier ciudadano podrá formular, ante la Audiencia Provincial, reclamación contra el acto de sorteo.

La Audiencia, constituida por el Presidente y el Magistrado más antiguo y más moderno de los destinados en el Tribunal, y actuando como Secretario el del Tribunal o, en su caso, el de la Sección Primera, procederá a recabar informe del Delegado provincial de la Oficina del Censo electoral y practicar las diligencias que estime pertinentes. Antes del quince de octubre, resolverá por resolución motivada no

susceptible de recurso, comunicando lo decidido a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo electoral para que, si así se resuelve, reitere el sorteo.

La Delegación Provincial de la Oficina del Censo electoral enviará la lista de los candidatos a jurados a la respectiva Audiencia Provincial quien la remitirá a los Ayuntamientos y al Boletín Oficial de la provincia correspondiente, para su debida exposición o publicación, respectivamente, durante los quince últimos días del citado mes de octubre. Igualmente, en dicho plazo, se procederá por el Secretario de la Audiencia Provincial, mediante oficio remitido por correo, a notificar a cada candidato a jurado su inclusión en la referida lista, al tiempo que se le hará entrega de la pertinente documentación en la que se indicarán las causas de incapacidad, incompatibilidad y excusa, y el procedimiento para su alegación (artículo 13).

b) *Reclamaciones contra la inclusión en las listas:*

Durante los quince primeros días del mes de noviembre, los candidatos a jurados, si entendieren que concurre en ellos la falta de requisitos establecidos en el art. 8, o una causa de incapacidad, incompatibilidad o excusa, podrán formular reclamación ante el Juez Decano de los de Primera Instancia e Instrucción del partido judicial al que corresponda el Municipio de su vecindad a efectos de su exclusión de la lista. También podrá formular dicha reclamación cualquier ciudadano que entienda que alguno de los candidatos a jurados carece de los requisitos, de la capacidad o incurre en las causas de incompatibilidad. Culminado el período de exposición, los Secretarios de los Ayuntamientos remitirán al Juez Decano de los del partido judicial relación de personas que, incluidas en la lista de candidatos a jurados, pudieran, en esa fecha, estar incursas en la falta de requisitos o causa de incapacidad o incompatibilidad.

c) *Resolución de las reclamaciones:*

El Juez Decano dará traslado de la reclamación o advertencia, en su caso, al interesado no reclamante, por tres días. Practicará las diligencias informativas que le propongan y las que estime imprescindibles y dictará resolución motivada sobre cada una de las reclamaciones o advertencias efectuadas antes del día 30 del mismo mes de noviembre. Si alguna fuese estimada, mandará hacer las rectificaciones o exclusiones que corresponda, comunicando su resolución a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo electoral y notificándola al interesado. Contra dicha resolución no cabe recurso. (Artículos 14 y 15).

d) *Comunicación y rectificación de las listas definitivas:*

Ultimada la lista definitiva por cada provincia, la Delegación Provincial de la Oficina del Censo electoral la enviará al Presidente de la Audiencia Provincial respectiva, quien remitirá copia al Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente y al Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Asimismo, remitirá copia a los Ayuntamientos de la respectiva provincia para su exposición durante los dos años de vigencia de la citada lista. Los incluidos en la lista de candidatos a jurados podrán ser convocados a formar parte del Tribunal del Jurado durante dos años a contar del uno de enero siguiente. A tal efecto, tendrán la obligación de comunicar a la Audiencia Provincial cualquier cambio de domicilio o circunstancia que influya en los requisitos, en su capacidad o determine incompatibilidad para intervenir como jurado (artículo 16).

e) *Designación de candidatos a jurados para cada causa:*

Con anticipación de al menos treinta días al día señalado para la primera vista de juicio oral, habiendo citado a las partes, el Magistrado que, conforme a las normas de reparto, haya de presidir el Tribunal del Jurado, dispondrá que el Secretario, en audiencia pública, realice el sorteo, de entre los candidatos a jurados de la lista de la provincia correspondiente, de 36 candidatos a jurados por cada causa señalada en el período de sesiones siguiente. El sorteo no se suspenderá por la inasistencia de cualquiera de dichas representaciones.

f) *Citación de los candidatos a jurados designados para una causa:*

El Secretario del Tribunal ordenará lo necesario para la notificación a los candidatos a jurados de su designación y para la citación a fin de que comparezcan el día señalado para la vista del juicio oral en el lugar en que se haya de celebrar. La cédula de citación contendrá un cuestionario (que el candidato debe llenar y devolver al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado), sobre la posible falta de requisitos para ser jurado y la posible concurrencia de causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibición. Se acompañará también a la citación información sobre la función del jurado y sobre sus derechos y deberes.

g) *Devolución del cuestionario:*

Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario, los candidatos a jurados designados lo devolverán, por correo con franqueo oficial, debidamente

cumplimentado y acompañado de las justificaciones documentales que se estimen oportunas, al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado (artículo 20).

h) Recusación:

El Ministerio Fiscal y las demás partes, a quienes se ha debido entregar previamente el cuestionario cumplimentado por los candidatos a jurados, podrán formular recusación, dentro de los cinco días siguientes al de dicha entrega, por concurrir falta de requisitos o cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en esta ley. También propondrán la prueba de que intenten valerse. Cualquier causa de recusación de la que se tenga conocimiento en ese tiempo, que no sea formulada, no podrá alegarse posteriormente (artículo 21).

i) Resolución de las excusas, advertencias y recusaciones:

El Magistrado-Presidente señalará día para la vista de la excusa, advertencia o recusación presentada, citando a las partes y a quienes hayan expresado advertencia o excusa. Practicadas en el acto las diligencias propuestas, resolverá dentro de los tres días siguientes (artículo 22).

j) Nuevo sorteo para completar la lista de candidatos a jurados designados para una causa:

Si, como consecuencia de las excusas o recusaciones la lista de candidatos a jurados designados para una causa quedase reducida a menos de veinte, el Magistrado-Presidente dispondrá que el Secretario proceda al inmediato sorteo, en igual forma que el inicial, de los candidatos a jurados necesarios para completar dicho número, entre los de la lista bienal de la provincia correspondiente, previa convocatoria de las partes, citando a los designados para el día del juicio oral (artículo 23).

La constitución concreta del Tribunal del Jurado

Se regula en los artículos 38 a 41 de la LOTJ de la siguiente manera:

a) Concurrencia de los integrantes del Tribunal del Jurado y recusación de candidatos a jurados:

El día y hora señalado para el juicio se constituirá el Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado con la asistencia del Secretario y la presencia de las partes. Si concurriesen al menos veinte de los candidatos a jurados convocados, el Magistrado-Presidente abrirá la sesión. Las partes podrán en ese momento formular sus

recusaciones, resolviendo el Magistrado-Presidente sin ulterior recurso pero consignándose la protesta, si la hubiere, a los efectos de la posterior impugnación de la sentencia por esta causa (artículo 38).

b) *Forma de completar el número mínimo de candidatos a jurados y posibles sanciones:*

Si, como consecuencia de la incomparecencia de algunos de los candidatos a jurados convocados, o de las exclusiones o recusaciones, no resultasen al menos veinte candidatos a jurados, se procederá a un nuevo señalamiento dentro de los quince días siguientes. Se citará al efecto a los comparecidos y a los ausentes y a un número no superior a ocho que serán designados por sorteo en el acto de entre los de la lista bienal. Si las partes alegasen en ese momento alguna causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición de los así designados que fuese aceptada por el Magistrado-Presidente sin protesta de las demás partes no recusantes, se completará con un nuevo sorteo hasta obtener la cifra de los ocho complementarios.

El Magistrado-Presidente impondrá multa al candidato a jurado convocado que no hubiera comparecido a la citación ni justificado su ausencia. Si en la segunda convocatoria tampoco se obtuviera el número mínimo de los candidatos a jurados concurrentes, se procederá de igual manera que en la primera a sucesivas convocatorias y sorteos complementarios, hasta obtener la concurrencia necesaria. En todo caso, se adoptarán las medidas necesarias respecto de los medios de prueba propuestos para hacer posible su práctica una vez constituido el Tribunal del Jurado (artículo 39).

c) *Selección de los jurados y constitución del Tribunal:*

Si concurriese el número suficiente de candidatos a jurados, se procederá a un sorteo sucesivo para seleccionar a los nueve jurados que formarán parte del Tribunal, y otros dos más como suplentes. Las partes, después de formular al nombrado las preguntas que estimen oportunas y el Magistrado-Presidente declare pertinentes, podrán recusar sin alegación de motivo determinado hasta cuatro de aquéllos por parte de las acusaciones y otros cuatro por parte de las defensas. Si hubiere varios acusadores y acusados, deberán actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos a jurados que recusan sin alegación de causa. De no mediar acuerdo, se decidirá por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusadas pueden formular la recusación, hasta que se agote el cupo de recusables. El actor civil y los terceros responsables civiles no pueden

formular recusación sin causa. A continuación se procederá de igual manera para la designación de los suplentes. Cuando sólo resten dos para ser designados suplentes, no se admitirá recusación sin causa. Culminado el sorteo, del que el Secretario extenderá acta, se constituirá el Tribunal (artículo 41).

4. Competencias

En relación a las competencias del Tribunal del Jurado, la Ley ha optado por un criterio delimitador estableciendo un listado concreto y exhaustivo de todas y cada una de las figuras delictivas que se asignarán a su conocimiento. Concretamente, son los siguientes: a) del homicidio (artículos 138 a 140 del Código Penal); b) de las amenazas (artículo 169.1 del Código Penal); c) de la omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196 del Código Penal); d) del allanamiento de morada (artículos 202 y 204 del Código Penal); e) de los incendios forestales (artículos 352 a 354 del Código Penal); f) de la infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415 del Código Penal); g) del cohecho (artículos 419 a 426 del Código Penal); h) del tráfico de influencias (artículos 428 a 430 del Código Penal); i) de la malversación de caudales públicos (artículos 432 a 434 del Código Penal); j) de los fraudes y exacciones ilegales (artículos 436 a 438 del Código Penal); k) de las negociaciones prohibidas a funcionarios (artículos 439 y 440 del Código Penal); l) de la infidelidad en la custodia de presos (artículo 471 del Código Penal).

La competencia se extiende a los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: a) Que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; b) Que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiera precedido concierto para ello; c) Que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad.

5. Estatuto jurídico

La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia a través del Jurado aparece configurada como un derecho-deber (artículo 6 LOTJ). Su configuración como deber tiene tres consecuencias: 1º El derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para el cumplimiento de su función como jurado; 2º El derecho a remuneración por el tiempo que dure la ausencia; 3º Sanciones para los jurados que

incumplan sus obligaciones (comparecer y prestar juramento o promesa, guardar secreto de las deliberaciones y votar).

Los requisitos para ser jurado recogidos en el artículo 8 LOTJ son: 1º Ser español mayor de edad; 2º Encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos; 3º Saber leer y escribir; 4º Ser vecino de cualquiera de los municipios de la provincia en que se hubiere cometido el delito, al tiempo de la designación como candidato a jurado; 5º No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de jurado.

En cuanto a las causas de incapacidad para ser jurado, el artículo 9 las funda en motivos de índole penal. Así, están incapacitados para ser jurados: 1º Los condenados por delito doloso que no hayan obtenido rehabilitación; 2º Los procesados y aquellos acusados respecto de los cuales se hubiera acordado la apertura del juicio oral y quienes estuvieren sufriendo detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito; 3º Los suspendidos, en un procedimiento penal, en su empleo o cargo público, mientras dure dicha suspensión.

Por lo que se refiere a las causas de incompatibilidad para ser Jurado, el artículo 10 establece una prolija y detallada relación de cargos de naturaleza política y profesional que resultan contraindicados para formar parte del Tribunal del Jurado. En definitiva, se ha tratado de excluir a todas aquellas personas que, por el cargo que ostentan o la función que desempeñan, pudieran verse afectadas en el principio de imparcialidad que debe caracterizar la función del Jurado como tribunal que es. Hasta en doce números se regulan las causas de incompatibilidad para ser jurado, entre las que están los miembros de la Familia Real y diversas Autoridades y funcionarios (v.g. miembros del Gobierno, Directores Generales, miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, Directores Generales de ellas, Diputados y Senadores de las Cortes Generales, del Parlamento Europeo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y miembros de las Corporaciones Locales, miembros de las carreras judicial y fiscal y Secretario Judicial y demás funcionarios de la Administración de Justicia, los Delegados de Gobierno, los Letrados al servicio de órganos constitucionales, Abogados y Procuradores en ejercicio, profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal, miembros en activo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, funcionarios de Instituciones Penitenciarias, diplomáticos, etc.).

Respecto a las prohibiciones para ser jurado, el artículo 11 establece que nadie podrá formar parte como jurado del Tribunal que conozca de una causa en la que: 1º Sea acusador particular o privado, actor civil, acusado o tercero responsable civil; 2º Mantenga con quien sea parte alguna de las relaciones que determinan el deber de abstención de los Jueces y Magistrados; 3º Tenga con el Magistrado-Presidente del Tribunal, miembro del Ministerio Fiscal o Secretario Judicial que intervenga en la causa o con los abogados o procuradores relación de parentesco o relación que obligaría a abstenerse según la Ley Orgánica del poder Judicial; 4º Haya intervenido en la causa como testigo, perito, fiador o intérprete; 5º Tenga interés, directo o indirecto, en la causa.

Referente a las excusas para actuar como jurado, el legislador en el art. 12 ha optado por el criterio del listado para establecer las causas de excusa. Concretamente, podrán excusarse para actuar como jurado: 1º Los mayores de sesenta y cinco años; 2º Los que hayan desempeñado efectivamente funciones de jurado dentro de los cuatro años precedentes al día de la nueva designación; 3º Los que sufran grave trastorno por razón de las cargas familiares; 4º Los que desempeñen trabajo de relevante interés general, cuya sustitución originaría importantes perjuicios al mismo; 5º Los que tengan su residencia en el extranjero; 6º Los militares profesionales en activo cuando concurren razones de servicio; 7º Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado.

Respecto de **la función, la independencia y la responsabilidad de los jurados**, los jurados emitirán veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél. También proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado-Presidente hubiese admitido acusación. (Artículo 3). Los jurados en el ejercicio de sus funciones actuarán con arreglo a los principios de independencia, responsabilidad y sumisión a la ley. Si en el ejercicio de su función se consideren inquietados o perturbados en su independencia, podrán dirigirse al Magistrado-Presidente para que les ampare en el desempeño de su cargo. (Artículo 3.3º y 4). Los jurados pueden incurrir tanto en responsabilidad penal (v. g. abandono de funciones sin causa legítima, violación del secreto de las deliberaciones, etc.), como en responsabilidad disciplinaria.

II. CONCLUSIONES

La instauración del Tribunal del Jurado como cauce de participación ciudadana en la Administración de Justicia, permitiendo el enjuiciamiento de un ciudadano por sus iguales, no significa que se haya logrado la finalidad que la participación ciudadana de acceso a la justicia ha de perseguir. La fuerza legitimadora de la justicia nace de la sumisión de quien tiene encomendado la función de juzgar, Jueces y Magistrados, a los principios de independencia, imparcialidad, responsabilidad y sumisión a la Ley. Los Jueces y Magistrados ejercen la función jurisdiccional con absoluta independencia como garantía de imparcialidad y exige que éstos sean ajenos a cualquier tipo de control externo sobre el contenido de sus resoluciones, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad que tiene el justiciable de acudir a la vía de los recursos con la finalidad de revisar, en otra instancia, la resolución dictada por un Juzgado o Tribunal.

Pero el principio de responsabilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, ajeno a cualquier tipo de arbitrariedad y sujeto a la exclusiva aplicación de lo dispuesto en la Ley, impone acercar la justicia al ciudadano dando publicidad a sus actuaciones y construyendo un sistema judicial que permita el acceso al ciudadano para que tome conciencia de lo que es en realidad la justicia totalmente distinta a la concepción que la mayoría de ciudadanos tiene, pudiendo conocer el volumen de trabajo que pesa sobre los juzgados, cómo se tramitan los asuntos, esto es el proceso que lleva cualquier asunto desde que tiene entrada en un Juzgado hasta que se archiva el procedimiento bien, porque ha concluido por sentencia bien, porque las partes litigantes han llegado a un acuerdo extrajudicial, o por cualesquiera otra razón se archive el procedimiento. De esta forma se permitirá a los ciudadanos valorar la labor de los jueces, conocer los problemas de la Justicia y las decisiones que se adoptan para darles solución, así como responsabilizar al poder Judicial de su función y de la repercusión que ésta tiene en la sociedad. Incluir la publicidad y la transparencia como principios en la actuación jurisdiccional para acercar la justicia al ciudadano, aumentará su calidad e incrementará el grado de confianza y de valoración que la sociedad tiene del Poder Judicial.

La institución del Jurado popular indudablemente se enlaza con el derecho a la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos. Estamos, por tanto, ante un derecho subjetivo, perteneciente a la esfera del *status activae civitatis*, que se debe ejercitar directamente. De aquí la necesidad de regular un procedimiento que permita esta forma de participación. Ahora bien, según la redacción de nuestra Constitución, el

Jurado popular se limita a los procesos penales, es decir, no podrá establecerse un Jurado popular en procesos civiles ni en los de ningún otro tipo.

Lamentablemente, la implantación del Jurado popular en España no ha sido pacífica y para algunos sectores no ha dado los resultados deseados. Las críticas han sido abundantes, el jurado no acaba de encontrar acomodo en la sociedad española. Desde la publicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, en el año 1995, ha sido objeto de críticas y se viene reclamando una reforma para corregir las disfunciones que provoca esta Ley. Así, la exposición de motivos del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expone que, teniendo en cuenta que el ámbito específico de la Ley del Jurado ha de quedar reducido a los requisitos que se precisan para ejercer esta función, las reglas de selección de los jurados, la forma de constitución de este tribunal y las especialidades procedimentales del juicio oral, se ha considerado adecuado que las reglas de competencia del Jurado se sitúen en el marco del sistema general de la nueva regulación, evitando toda disparidad de criterio. Las reglas de competencia del Jurado que han quedado consignadas en el texto articulado se corresponden, en esencia, con las previstas en la regulación vigente. Sin embargo, se han introducido dos modificaciones de importancia. Por una parte, se ha suprimido del listado de referencia a los delitos de allanamiento de morada, amenazas e incendio forestal doloso sin peligro para la vida o integridad física de las personas. Por otra parte, se incluye en el texto una nueva regla de competencia que permite el enjuiciamiento ante este tribunal en cualquier supuesto de acusación por delito grave.

En mi opinión, considero que para el caso de juicios tan mediatizados políticamente (casos de los expresidentes Matas y Camps) que cuentan con tanto eco social sería mejor optar por otras alternativas más fiables, pues recuerdo el caso Wanninkhof donde el Tribunal del Jurado condenó a una sospechosa que posteriormente y tras el análisis de nuevas pruebas, el Tribunal Supremo tuvo que absolver. La figura del jurado debería estar sometida a un mayor control, especialmente a nivel de justificación de las decisiones tomadas con el fin de no ceder a presiones o tener la posibilidad de denunciar contradicciones en las decisiones de los respectivos miembros.

III. BIBLIOGRAFÍA

COLOMER VIADEL, Antonio, Constitución, Estado y Democracia en el siglo XXI, 3ª ed., Valencia, Editorial de la UPV, 2006, pp. 500-507.

DAVO ESCRIBA, Francisco: El Tribunal del Jurado. Reflexiones acerca de su desarrollo constitucional, Colex, 1998.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: El Jurado en España, Granda, Comares, 1995.

Revista Digital CEMCI Nº 21, ISBN 1989-2470.

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Boletín Oficial del Estado, 23 de mayo de 1995. Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, de modificación de la L.O. 5/1995, del Tribunal del Jurado. Boletín Oficial del Estado, 17 noviembre de 1995.

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

* * * * *

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

1. España

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Las Cortes Generales aprobaron el pasado 26 de marzo la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, mediante la cual se realiza «una completa revisión y actualización» del Código Penal de 1995. La reforma ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha de 31 de marzo y entrará en vigor el 1 de julio de este año.

Puede consultarse el texto integral de la ley en el siguiente [enlace](#).

Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

Igualmente, con fecha de 26 de marzo se aprobó por las Cortes Generales la Ley Orgánica 2/2015, que reforma el Código Penal de 1995 en materia de delitos de terrorismo. La reforma, que se reproduce íntegramente a continuación, ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado también con fecha de 31 de marzo y entrará en vigor el 1 de julio de este año.

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica.

PREÁMBULO

La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un

recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito.

Las acciones terroristas a las que alude detalladamente la Resolución 2178 constituyen el máximo exponente de las nuevas amenazas que el terrorismo internacional plantea a las sociedades abiertas y que pretenden poner en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero.

El terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley.

Este terrorismo se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados.

Los destinatarios de estos mensajes pueden ser individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas.

No menos importante es el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados que deciden unirse a las filas de las organizaciones terroristas internacionales o de sus filiales en alguno de los escenarios de conflicto bélico en que los yihadistas están participando, singularmente, Siria e Irak. Este fenómeno de los combatientes terroristas desplazados es, en este momento, una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional y de la Unión Europea en particular, toda vez que éstos se desplazan para adiestrarse en el manejo de armas y explosivos, adquirir la capacitación necesaria y ponerse a las órdenes de los grupos terroristas.

La experiencia de la lucha contra el terrorismo en España nos ha permitido contar con una legislación penal eficaz en la respuesta al terrorismo protagonizado por bandas armadas como ETA o el GRAPO, esto es, grupos terroristas cohesionados alrededor de uno o varios líderes, con estructura orgánica clara, reparto de roles dentro de la organización y relaciones de jerarquía definidas y asumidas por los integrantes del

grupo terrorista. La respuesta penal al terrorismo se articulaba, por tanto, en la sanción de quienes pertenecían, actuaban al servicio o colaboraban con organizaciones o grupos terroristas. El eje del tratamiento penal del terrorismo era, por tanto, la definición de la organización o grupo terrorista y la tipificación de aquellas conductas que cometían quienes se integraban en ellas o, de alguna forma, prestaban su colaboración.

El Código Penal no debe, en ningún caso, perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, pero es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas anteriormente citada.

Esta Ley Orgánica modifica el Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de tal forma que el rigor de la respuesta penal frente a crímenes tan graves contemple, además de las modalidades de terrorismo ya conocidas, las que proceden de las nuevas amenazas.

El Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580.

La sección 1.^a lleva por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas» y mantiene la misma lógica punitiva que la regulación hasta ahora vigente, estableciendo la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos.

La sección 2.^a lleva por rúbrica «De los delitos de terrorismo» y comienza con una nueva definición de delito de terrorismo en el artículo 573 que se inspira en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008. La definición establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el apartado 1 constituye delito de terrorismo cuando se lleve a cabo con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo: 1.^a) Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2.^a) Alterar gravemente la paz pública; 3.^a) Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.^a) Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

El artículo 573 bis establece la pena que corresponde a cada delito de terrorismo, partiendo de que si se causa la muerte de una persona se aplicará la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código Penal.

El artículo 574 establece la tipificación de todas aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera

colocación o empleo de los mismos, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 573. Se recoge de manera particular la agravación de la pena cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.

El artículo 575 tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero.

El artículo 576 establece la pena para las conductas relacionadas con la financiación del terrorismo incluyendo a quien, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. La tipificación incluye las formas imprudentes de comisión del delito, como la negligente omisión de los deberes emanados de la normativa sobre blanqueo de capitales y prevención de la financiación del terrorismo.

El artículo 577 recoge la tipificación y sanción de las formas de colaboración con organizaciones, grupos o elementos terroristas, o que estén dirigidas a cometer un delito de terrorismo. Se contemplan específicamente las acciones de captación y reclutamiento al servicio de organizaciones o fines terroristas, agravando la pena cuando se dirigen a menores, a personas necesitadas de especial protección o a mujeres víctima de trata.

En los artículos 578 y 579 se castiga el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. En la tipificación de estas conductas se tiene en especial consideración el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces puedan acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos.

El artículo 579 bis incorpora, siempre que se den las circunstancias enumeradas en dicho precepto, las penas de inhabilitación absoluta y la novedosa pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia. Además, se prevé la posibilidad de atenuación de la pena a quienes hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y colaboren con las autoridades, y también en

el caso de que el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

Finalmente, el artículo 580 contempla que, en todos los delitos de terrorismo, la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifica el Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que queda redactado en los siguientes términos:

«CAPÍTULO VII

De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo

Sección 1.ª De las organizaciones y grupos terroristas

Artículo 571.

A los efectos de este Código se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto la comisión de alguno de los delitos tipificados en la sección siguiente.

Artículo 572.

1. Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.
2. Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.

Sección 2.ª De los delitos de terrorismo

Artículo 573.

1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

- 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.
- 2.ª Alterar gravemente la paz pública.
- 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.

Artículo 573 bis.

1. Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán castigados con las siguientes penas:

1.^a Con la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona.

2.^a Con la de prisión de veinte a veinticinco años cuando, en los casos de secuestro o detención ilegal, no se dé razón del paradero de la persona.

3.^a Con la de prisión de quince a veinte años si se causara un aborto del artículo 144, se produjeran lesiones de las tipificadas en los artículos 149, 150, 157 o 158, el secuestro de una persona, o estragos o incendio de los previstos respectivamente en los artículos 346 y 351.

4.^a Con la de prisión de diez a quince años si se causara cualquier otra lesión, o se detuviera ilegalmente, amenazara o coaccionara a una persona.

5.^a Y con la pena prevista para el delito cometido en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando se tratase de cualquier otro de los delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior.

2. Las penas se impondrán en su mitad superior si los hechos se cometieran contra las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 550 o contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de las Fuerzas Armadas o contra empleados públicos que presten servicio en instituciones penitenciarias.

3. Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 2 del artículo anterior se castigarán con la pena superior en grado a la respectivamente prevista en los correspondientes artículos.

4. El delito de desórdenes públicos previsto en el artículo 557 bis, así como los delitos de rebelión y sedición, cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos, se castigarán con la pena superior en grado a las previstas para tales delitos.

Artículo 574.

1. El depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de ocho a quince años cuando los hechos se cometan con cualquiera de las finalidades expresadas en el apartado 1 del artículo 573.

2. Se impondrá la pena de diez a veinte años de prisión cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.

3. Serán también castigados con la pena de diez a veinte años de prisión quienes, con las mismas finalidades indicadas en el apartado 1, desarrollen armas químicas o biológicas, o se apoderen, posean, transporten, faciliten a otros o manipulen materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes.

Artículo 575.

1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista.

Artículo 576.

1. Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años y multa del triple al quíntuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.

2. Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos.

3. En el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, éstos se castigarán con la pena superior en grado a la que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores.

4. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.

5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos tipificados en este artículo se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en la letra anterior.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 577.

1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.

En particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas se impondrá la pena prevista en este apartado en su mitad superior. Si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.

Asimismo se impondrán estas penas a los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello.

Las penas se impondrán en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando los actos previstos en este apartado se hubieran dirigido a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos.

3. Si la colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se hubiera producido por imprudencia grave se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses.

Artículo 578.

1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.

b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.

5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.

Artículo 579.

1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo.
2. La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa.
3. Los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo se castigarán también con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este Capítulo.
4. En los casos previstos en este precepto, los jueces o tribunales podrán adoptar las medidas establecidas en los apartados 4 y 5 del artículo anterior.

Artículo 579 bis.

1. El responsable de los delitos previstos en este Capítulo, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, será también castigado, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente, con las penas de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia.
2. Al condenado a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se le impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave, y su autor hubiere delinquirido por primera vez, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada, en atención a su menor peligrosidad.
3. En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.
4. Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

Artículo 580.

En todos los delitos de terrorismo, la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.»

Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se modifica el apartado 4 e) 2.º del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue:

«2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo;»

Disposición final segunda. Título competencial.

Esta Ley se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva en materia de legislación penal que atribuye al Estado el artículo 149.1.6.ª de la Constitución.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día 1 de julio de 2015.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Sevilla, 30 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Igualmente, con fecha de 26 de marzo se aprobó por las Cortes Generales la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana. La reforma, que se reproduce íntegramente a continuación, ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado también con fecha de 31 de marzo y entrará en vigor el 1 de julio de este año, salvo la disposición final primera.

FELIPE VI

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica:

PREÁMBULO

I

La seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia

jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho.

Las demandas sociales de seguridad ciudadana van dirigidas esencialmente al Estado, pues es apreciable una conciencia social de que sólo éste puede asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquellos.

La Constitución Española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1.29.^a). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana.

Es a la luz de estas consideraciones como se deben interpretar la idea de seguridad ciudadana y los conceptos afines a la misma, huyendo de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, y evitando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas.

Para garantizar la seguridad ciudadana, que es una de las prioridades de la acción de los poderes públicos, el modelo de Estado de Derecho instaurado por la Constitución dispone de tres mecanismos: un ordenamiento jurídico adecuado para dar respuesta a los diversos fenómenos ilícitos, un Poder Judicial que asegure su aplicación, y unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad eficaces en la prevención y persecución de las infracciones.

En el marco del artículo 149.1.29.^a de la Constitución y siguiendo las orientaciones de la doctrina constitucional, esta Ley tiene por objeto la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad ciudadana, e incluye un conjunto plural y diversificado de actuaciones, de distinta naturaleza y contenido, orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico protegido. Una parte significativa de su contenido se refiere a la regulación de las intervenciones de la policía de seguridad, funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aunque con ello no se agota el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública, en el que se incluyen otras materias, entre las que la Ley aborda las obligaciones de registro documental o de adopción de medidas de seguridad por las personas físicas o jurídicas que realicen actividades relevantes para la seguridad ciudadana, o el control administrativo sobre armas y explosivos, entre otras.

II

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, constituyó el primer esfuerzo por abordar, desde la óptica de los derechos y valores constitucionales, un código que recogiera las principales actuaciones y potestades de los poderes públicos, especialmente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos.

Sin embargo, varios factores aconsejan acometer su sustitución por un nuevo texto. La perspectiva que el transcurso del tiempo ofrece de las virtudes y carencias de las normas jurídicas, los cambios sociales operados en nuestro país, las nuevas formas de poner en riesgo la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, los nuevos contenidos que las demandas sociales incluyen en este concepto, la imperiosa necesidad de actualización del régimen sancionador o la conveniencia de incorporar la jurisprudencia constitucional en esta materia justifican sobradamente un cambio legislativo.

Libertad y seguridad constituyen un binomio clave para el buen funcionamiento de una sociedad democrática avanzada, siendo la seguridad un instrumento al servicio de la garantía de derechos y libertades y no un fin en sí mismo.

Por tanto cualquier incidencia o limitación en el ejercicio de las libertades ciudadanas por razones de seguridad debe ampararse en el principio de legalidad y en el de proporcionalidad en una triple dimensión: un juicio de idoneidad de la limitación (para la consecución del objetivo propuesto), un juicio de necesidad de la misma (entendido como inexistencia de otra medida menos intensa para la consecución del mismo fin) y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto de dicha limitación (por derivarse de ella un beneficio para el interés público que justifica un cierto sacrificio del ejercicio del derecho).

Son estas consideraciones las que han inspirado la redacción de esta Ley, en un intento de hacer compatibles los derechos y libertades de los ciudadanos con la injerencia estrictamente indispensable en los mismos para garantizar su seguridad, sin la cual su disfrute no sería ni real ni efectivo.

III

La Ley, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, parte de un concepto material de seguridad ciudadana entendida como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos, que engloba un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido. Dentro de este conjunto de actuaciones se sitúan las específicas de las organizaciones instrumentales destinadas a este fin, en especial, las que corresponden a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las que el artículo 104 de la Constitución encomienda proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Junto a esas actividades policiales en sentido estricto, la Ley regula aspectos y funciones atribuidos a otros órganos y autoridades administrativas, como la documentación e identificación de las personas, el control administrativo de armas, explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos o la previsión de la necesidad de adoptar medidas de seguridad en determinados establecimientos, con el correlato de un régimen sancionador actualizado imprescindible para garantizar el cumplimiento de los fines de la Ley.

La Ley se estructura en cinco capítulos divididos en cincuenta y cuatro artículos, siete disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y cinco finales.

El capítulo I, tras definir el objeto de la Ley, recoge como novedades más relevantes sus fines y los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la seguridad ciudadana, la cooperación interadministrativa y el deber de colaboración de las autoridades y los empleados públicos, los distintos cuerpos policiales, los ciudadanos y las empresas y el personal de seguridad privada, de acuerdo con una perspectiva integral de la seguridad pública. Entre los fines de la Ley destacan la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico; la garantía del normal funcionamiento de las instituciones; la preservación no sólo de la seguridad, sino también de la tranquilidad y la pacífica convivencia ciudadanas; el respeto a las Leyes en el ejercicio de los derechos y libertades; la protección de las personas y bienes, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección; la pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales destinados al uso y disfrute público; la garantía de la normal prestación de los servicios básicos para la comunidad; y la transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana.

El capítulo II regula la documentación e identificación de los ciudadanos españoles, el valor probatorio del Documento Nacional de Identidad y del pasaporte y los deberes de los titulares de estos documentos, incorporando las posibilidades de identificación y de firma electrónica de los mismos, y manteniendo la exigencia de exhibirlos a requerimiento de los agentes de la autoridad de conformidad con lo dispuesto en la Ley.

El capítulo III habilita a las autoridades competentes para acordar distintas actuaciones dirigidas al mantenimiento y, en su caso, al restablecimiento de la tranquilidad ciudadana en supuestos de inseguridad pública, regulando con precisión los presupuestos, los fines y los requisitos para realizar estas diligencias, de acuerdo con los principios, entre otros, de proporcionalidad, injerencia mínima y no discriminación.

En este sentido, se regulan con detalle las facultades de las autoridades y de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para dictar órdenes e instrucciones, para la entrada y registro en domicilios, requerir la identificación de personas, efectuar comprobaciones y registros en lugares públicos, establecer restricciones del tránsito y controles en la vía pública, así como otras medidas extraordinarias en situaciones de emergencia imprescindible para garantizar la seguridad ciudadana (desalojo de locales o establecimientos, prohibición de paso, evacuación de inmuebles, etc.). Igualmente se regulan las medidas que deberán adoptar las autoridades para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, así como para restablecer la normalidad de su desarrollo en casos de alteración de la seguridad ciudadana.

La relación de estas potestades de policía de seguridad es análoga a la contenida en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, si bien, en garantía de los derechos de los ciudadanos que puedan verse afectados por su legítimo ejercicio por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se perfilan con mayor precisión los presupuestos habilitantes y las condiciones y requisitos de su ejercicio, de acuerdo con

la jurisprudencia constitucional. Así, la habilitación a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la práctica de identificaciones en la vía pública no se justifica genéricamente –como sucede en la Ley de 1992– en el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad ciudadana, sino que es precisa la existencia de indicios de participación en la comisión de una infracción, o que razonablemente se considere necesario realizar la identificación para prevenir la comisión de un delito; por otra parte, en la práctica de esta diligencia, los agentes deberán respetar escrupulosamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación, y sólo en caso de negativa a la identificación, o si ésta no pudiera realizarse in situ, podrá requerirse a la persona para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales más próximas en las que pueda efectuarse dicha identificación, informándola de modo inmediato y comprensible de los fines de la solicitud de identificación y, en su caso, de las razones del requerimiento.

Por primera vez se regulan los registros corporales externos, que sólo podrán realizarse cuando existan motivos para suponer que pueden conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las Leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Estos registros, de carácter superficial, deberán ocasionar el menor perjuicio a la dignidad de la persona, efectuarse por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique y, cuando lo exija el respeto a la intimidad, en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros.

El capítulo IV, referente a las potestades especiales de la policía administrativa de seguridad, regula las medidas de control administrativo que el Estado puede ejercer sobre las actividades relacionadas con armas, explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos.

Asimismo, se establecen obligaciones de registro documental para actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como el hospedaje, el acceso comercial a servicios telefónicos o telemáticos de uso público mediante establecimientos abiertos al público, la compraventa de joyas y metales, objetos u obras de arte, la cerrajería de seguridad o el comercio al por mayor de chatarra o productos de desecho.

Por otro lado, desde la estricta perspectiva de la seguridad ciudadana, se contempla el régimen de intervención de las autoridades competentes en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas y de las entidades locales en lo que se refiere a su normal desarrollo.

El capítulo V, que regula el régimen sancionador, introduce novedades relevantes con respecto a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero. La redacción del capítulo en su conjunto tiene en cuenta, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son, con matices, manifestaciones de un único ius puniendi del Estado. Por tanto, la Ley está orientada a dar cumplimiento a los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa, singularmente los de responsabilidad, proporcionalidad y legalidad, en sus dos

vertientes, de legalidad formal o reserva de Ley y legalidad material o tipicidad, sin perjuicio de la admisión de la colaboración reglamentaria para la especificación de conductas y sanciones en relación con las infracciones tipificadas por la Ley.

En cuanto a los autores de las conductas tipificadas como infracciones, se exime de responsabilidad a los menores de catorce años, en consonancia con la legislación sobre responsabilidad penal del menor. Asimismo se prevé que cuando sea declarado autor de los hechos cometidos un menor de dieciocho años no emancipado o una persona con la capacidad modificada judicialmente responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios ocasionados sus padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales o de hecho.

A fin de garantizar la proporcionalidad en la imposición de las sanciones graves y muy graves previstas en la Ley, se dividen las sanciones pecuniarias en tres tramos de igual extensión, que dan lugar a los grados mínimo, medio y máximo de las mismas y se recogen las circunstancias agravantes y los criterios de graduación que deberán tenerse en cuenta para la individualización de las sanciones pecuniarias, acogiendo así una exigencia del principio de proporcionalidad presente en la jurisprudencia contencioso-administrativa, pero que tiene escaso reflejo en los regímenes sancionadores que incorporan numerosas normas de nuestro ordenamiento jurídico administrativo.

Con respecto al cuadro de infracciones, en aras de un mejor ajuste al principio de tipicidad, se introduce un elenco de conductas que se califican como leves, graves y muy graves, estas últimas ausentes de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, que simplemente permitía la calificación de determinadas infracciones graves como muy graves en función de las circunstancias concurrentes.

Junto a las infracciones tipificadas por el legislador de 1992, la Ley sanciona conductas que, sin ser constitutivas de delito, atentan gravemente contra la seguridad ciudadana, como son las reuniones o manifestaciones prohibidas en lugares que tengan la condición de infraestructuras e instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad y los actos de intrusión en éstas, cuando se ocasione un riesgo para las personas; la proyección de haces de luz sobre los conductores o pilotos de medios de transporte con riesgo de provocar un accidente, o la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas a pesar de la prohibición o suspensión acordada por la autoridad por razones de seguridad, entre otras. Se sancionan igualmente conductas que representan un ejercicio extralimitado del derecho de reunión y manifestación, así como la perturbación del ejercicio de este derecho fundamental cuando no constituyan delito. Otras infracciones tienen por objeto preservar el legítimo ejercicio de sus funciones por las autoridades y sus agentes, así como por los servicios de emergencia.

Por otra parte, la reforma en tramitación del Código Penal exige una revisión de las infracciones penales de esta naturaleza que contenía el libro III del código punitivo para incorporar al ámbito administrativo algunas conductas que, de lo contrario, quedarían impunes, como son ciertas alteraciones del orden público, las faltas de respeto a la autoridad, el deslucimiento de determinados bienes en la vía pública o dejar sueltos animales peligrosos. También se recogen las infracciones previstas en la Ley

Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, relacionadas con el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, a las que se agregan otras dirigidas a favorecerlo. Se ha considerado oportuno sancionar comportamientos atentatorios a la libertad sexual de las personas, especialmente de los menores, o que perturban la convivencia ciudadana o el pacífico disfrute de las vías y espacios públicos, todos ellos bienes jurídicos cuya protección forma parte de los fines de esta Ley por su colindancia con la seguridad ciudadana.

Respecto de las sanciones, se reordenan las pecuniarias y se establecen tres tramos de igual extensión, que dan lugar a los grados mínimo, medio y máximo de las mismas, si bien no se eleva el importe de las que pueden imponerse por la comisión de infracciones muy graves, a pesar del tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero. Asimismo se ha previsto que cabrá exigir al infractor, en su caso, la reposición de los bienes dañados a su situación originaria o, cuando ello no fuera posible, la indemnización por los daños y perjuicios causados, al igual que también sucede en otros ámbitos en los que se exige una reparación in natura de la situación alterada con el comportamiento infractor y, en su defecto, la satisfacción de un equivalente económico. Y con objeto de dar el tratamiento adecuado a las infracciones de los menores de dieciocho años en materia de consumo o tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se prevé la suspensión de la sanción si aquéllos accedan a someterse a tratamiento o rehabilitación, si lo precisan, o a actividades reeducativas.

A fin de contribuir a evitar la proliferación de procedimientos administrativos especiales, se establece que el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de protección de la seguridad ciudadana se regirá por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y su normativa de desarrollo, sin renunciar a la incorporación de determinadas especialidades, como la regulación de un procedimiento abreviado, que permite satisfacer el pago voluntario de las sanciones pecuniarias por la comisión de infracciones graves o leves en un breve plazo desde su notificación, con el efecto de la reducción del 50 por 100 de su importe, en términos análogos a los ya contemplados en otras normas. Se crea, en fin, un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana, indispensable para poder apreciar la reincidencia de los infractores y permitir, de este modo, sancionar adecuadamente a quienes de modo voluntario y reiterado incurren en conductas merecedoras de reproche jurídico.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto.

1. La seguridad ciudadana es un requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las Leyes.

2. Esta Ley tiene por objeto la regulación de un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza orientadas a la tutela de la seguridad ciudadana, mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones de esta Ley son aplicables en todo el territorio nacional, sin perjuicio de las competencias que, en su caso, hayan asumido las comunidades autónomas en el marco de la Constitución, de los estatutos de autonomía y de la legislación del Estado en materia de seguridad pública.

2. En particular, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley las prescripciones que tienen por objeto velar por el buen orden de los espectáculos y la protección de las personas y bienes a través de una acción administrativa ordinaria, aun cuando la misma pueda conllevar la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que ésta se conciba como elemento integrante del sistema preventivo habitual del control del espectáculo.

3. Asimismo, esta Ley se aplicará sin menoscabo de los regímenes legales que regulan ámbitos concretos de la seguridad pública, como la seguridad aérea, marítima, ferroviaria, vial o en los transportes, quedando, en todo caso, salvaguardadas las disposiciones referentes a la defensa nacional y la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio.

Artículo 3. Fines.

Constituyen los fines de esta Ley y de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación:

a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico.

b) La garantía del normal funcionamiento de las instituciones.

c) La preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas.

d) El respeto a las Leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades.

e) La protección de las personas y bienes, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

f) La pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público.

g) La garantía de las condiciones de normalidad en la prestación de los servicios básicos para la comunidad.

h) La prevención de la comisión de delitos e infracciones administrativas directamente relacionadas con los fines indicados en los párrafos anteriores y la sanción de las de esta naturaleza tipificadas en esta Ley.

i) La transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana.

Artículo 4. Principios rectores de la acción de los poderes públicos en relación con la seguridad ciudadana.

1. El ejercicio de las potestades y facultades reconocidas por esta Ley a las administraciones públicas y, específicamente, a las autoridades y demás órganos competentes en materia de seguridad ciudadana y a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se regirá por los principios de legalidad, igualdad de trato y no discriminación, oportunidad, proporcionalidad, eficacia, eficiencia y responsabilidad, y se someterá al control administrativo y jurisdiccional.

En particular, las disposiciones de los capítulos III y V deberán interpretarse y aplicarse del modo más favorable a la plena efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas, singularmente de los derechos de reunión y manifestación, las libertades de expresión e información, la libertad sindical y el derecho de huelga.

2. En particular, la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad está sujeta a los principios básicos de actuación regulados en el artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

3. La actividad de intervención se justifica por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana y, en concreto, atentar contra los derechos y libertades individuales y colectivos o alterar el normal funcionamiento de las instituciones públicas. Las concretas intervenciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana se realizarán conforme a lo dispuesto en el capítulo III de esta Ley.

Artículo 5. Autoridades y órganos competentes.

1. Corresponde al Gobierno, a través del Ministerio del Interior y de los demás órganos y autoridades competentes y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes, la preparación, dirección y ejecución de la política en relación con la administración general de la seguridad ciudadana, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otras administraciones públicas en dicha materia.

2. Son autoridades y órganos competentes en materia de seguridad ciudadana, en el ámbito de la Administración General del Estado:

a) El Ministro del Interior.

b) El Secretario de Estado de Seguridad.

c) Los titulares de los órganos directivos del Ministerio del Interior que tengan atribuida tal condición, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias.

d) Los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla.

e) Los Subdelegados del Gobierno en las provincias y los Directores Insulares.

3. Serán autoridades y órganos competentes, a los efectos de esta Ley, los correspondientes de las comunidades autónomas que hayan asumido competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana y cuenten con un cuerpo de policía propio.

4. Las autoridades de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las autoridades locales ejercerán las facultades que les corresponden, de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, y la legislación de régimen local, espectáculos públicos, actividades recreativas y actividades clasificadas.

Artículo 6. Cooperación interadministrativa.

La Administración General del Estado y las demás administraciones públicas con competencias en materia de seguridad ciudadana se regirán, en sus relaciones, por los principios de cooperación y lealtad institucional, facilitándose la información de acuerdo con la legislación vigente y la asistencia técnica necesarias en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, y, cuando fuese preciso, coordinando las acciones destinadas a garantizar el cumplimiento de esta Ley, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 7. Deber de colaboración.

1. Todas las autoridades y funcionarios públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias y de acuerdo con su normativa específica, deberán colaborar con las autoridades y órganos a que se refiere el artículo 5, y prestarles el auxilio que sea posible y adecuado para la consecución de los fines relacionados en el artículo 3. Cuando, por razón de su cargo, tengan conocimiento de hechos que perturben gravemente la seguridad ciudadana o de los que racionalmente pueda inferirse que pueden producir una perturbación grave, estarán obligados a ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente.

2. Las autoridades y órganos competentes y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán recabar de los particulares su ayuda y colaboración en la medida necesaria para el cumplimiento de los fines previstos en esta Ley, especialmente en los casos de grave calamidad pública o catástrofe extraordinaria, siempre que ello no implique riesgo personal para los mismos. Quienes sufran daños y perjuicios por estas causas serán indemnizados de acuerdo con las leyes.

3. Las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives privados y el personal de seguridad privada tienen un especial deber de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, prestarles la colaboración que precisen y seguir sus instrucciones, en los términos previstos en la normativa de seguridad privada.

4. El personal que realice funciones de policía administrativa tendrá el especial deber de colaborar en la consecución de los fines previstos en el artículo 3 de esta Ley.

CAPÍTULO II

Documentación e identificación personal

Artículo 8. Acreditación de la identidad de los ciudadanos españoles.

1. Los españoles tienen derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad.

El Documento Nacional de Identidad es un documento público y oficial y tendrá la protección que a éstos otorgan las leyes, así como suficiente valor por sí solo para la acreditación de la identidad y los datos personales de su titular.

2. En el Documento Nacional de Identidad figurarán la fotografía y la firma de su titular, así como los datos personales que se determinen reglamentariamente, que respetarán el derecho a la intimidad de la persona, sin que en ningún caso, puedan ser relativos a la raza, etnia, religión, creencias, opinión, ideología, discapacidad, orientación o identidad sexual, o afiliación política o sindical. La tarjeta soporte del Documento Nacional de Identidad incorporará las medidas de seguridad necesarias para la consecución de condiciones de calidad e inalterabilidad y máximas garantías para impedir su falsificación.

3. El Documento Nacional de Identidad permite a los españoles mayores de edad que gocen de plena capacidad de obrar y a los menores emancipados la identificación electrónica de su titular, así como la firma electrónica de documentos, en los términos previstos en la legislación específica. Las personas con capacidad modificada judicialmente podrán ejercer esas facultades cuando expresamente lo solicite el interesado y no precise, atendiendo a la resolución judicial que complemente su capacidad, de la representación o asistencia de una institución de protección y apoyo para obligarse o contratar.

El prestador de servicios de certificación procederá a revocar el certificado de firma electrónica a instancia del Ministerio del Interior, tras recibir éste la comunicación del Encargado del Registro Civil de la inscripción de la resolución judicial que determine la necesidad del complemento de la capacidad para obligarse o contratar, del fallecimiento o de la declaración de ausencia o fallecimiento de una persona.

Artículo 9. Obligaciones y derechos del titular del Documento Nacional de Identidad.

1. El Documento Nacional de Identidad es obligatorio a partir de los catorce años. Dicho documento es personal e intransferible, debiendo su titular mantenerlo en vigor y conservarlo y custodiarlo con la debida diligencia. No podrá ser privado del mismo, ni siquiera temporalmente, sino en los supuestos en que, conforme a lo previsto por la ley, haya de ser sustituido por otro documento.

2. Todas las personas obligadas a obtener el Documento Nacional de Identidad lo están también a exhibirlo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad a las que se refiere el apartado 2 del artículo 8 cuando fueren requeridas para ello por la autoridad o sus agentes, para el cumplimiento de los fines previstos en el apartado 1 del

artículo 16. De su sustracción o extravío deberá darse cuenta tan pronto como sea posible a la comisaría de Policía o puesto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad más próximo.

Artículo 10. Competencias sobre el Documento Nacional de Identidad.

1. Corresponde al Ministerio del Interior la competencia exclusiva para la dirección, organización y gestión de todos los aspectos referentes a la confección y expedición del Documento Nacional de Identidad, conforme a lo dispuesto en esta Ley y en la legislación sobre firma electrónica.

2. La competencia a que se refiere el apartado anterior será ejercida por la Dirección General de la Policía, a la que corresponderá también la custodia y responsabilidad de los archivos y ficheros relacionados con el Documento Nacional de Identidad.

3. Su expedición está sujeta al pago de una tasa.

Artículo 11. Pasaporte de ciudadanos españoles.

1. El pasaporte español es un documento público, personal, individual e intransferible que, salvo prueba en contrario, acredita la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles fuera de España, y dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de los españoles no residentes.

2. Los ciudadanos españoles tienen derecho a que les sea expedido el pasaporte, que sólo podrá ser exceptuado en las siguientes circunstancias:

a) Haber sido condenado a penas o medidas de seguridad privativas de libertad, mientras no se hayan extinguido, salvo que obtenga autorización del órgano judicial competente.

b) Haber sido acordada por el órgano judicial competente la retirada de su pasaporte de acuerdo con lo previsto por la ley.

c) Haberle sido impuesta una medida de libertad vigilada con prohibición de abandonar el territorio nacional, salvo que obtenga autorización del órgano judicial competente.

d) Cuando el órgano judicial competente haya prohibido la salida de España o la expedición de pasaporte al menor de edad o a la persona con la capacidad modificada judicialmente, de acuerdo con lo dispuesto por la ley.

3. La obtención del pasaporte por los ciudadanos sujetos a patria potestad o a tutela estará condicionada al consentimiento expreso de las personas u órgano que tenga encomendado su ejercicio o, en su defecto, del órgano judicial competente.

4. Los titulares del pasaporte tienen la obligación de exhibirlo y facilitarlo cuando fuesen requeridos para ello por la autoridad o sus agentes. También estarán obligados a su custodia y conservación con la debida diligencia. De su sustracción o extravío deberá darse cuenta de manera inmediata a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o, en su caso, a la Representación Diplomática o Consular de España en el extranjero.

Artículo 12. Competencias sobre el pasaporte.

1. La competencia para su expedición corresponde:

- a) En el territorio nacional, a la Dirección General de la Policía.
- b) En el extranjero, a las Representaciones Diplomáticas y Consulares de España.

2. Su expedición está sujeta al pago de una tasa.

3. Corresponde al Gobierno, a propuesta de los Ministros del Interior y de Asuntos Exteriores y de Cooperación, desarrollar esta Ley en lo referente al régimen jurídico del pasaporte.

Artículo 13. Acreditación de la identidad de ciudadanos extranjeros.

1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España.

2. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal.

3. Los extranjeros estarán obligados a exhibir la documentación mencionada en el apartado 1 de este artículo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad de la misma, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes de conformidad con lo dispuesto en la ley, y por el tiempo imprescindible para dicha comprobación, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no la llevaran consigo.

CAPÍTULO III**Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana*****Sección 1.ª Potestades generales de policía de seguridad*****Artículo 14. Órdenes y prohibiciones.**

Las autoridades competentes, de conformidad con las Leyes y reglamentos, podrán dictar las órdenes y prohibiciones y disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de los fines previstos en esta Ley, mediante resolución debidamente motivada.

Artículo 15. Entrada y registro en domicilio y edificios de organismos oficiales.

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes.

2. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.

3. Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo.

4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente.

Artículo 16. Identificación de personas.

1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos:

a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.

b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuere preciso a los efectos indicados.

En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

La persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado 2 se llevará un libro-registro en el que sólo se practicarán asientos relacionados con la seguridad ciudadana. Constarán en él las diligencias de identificación practicadas, así como los motivos, circunstancias y duración de las mismas, y sólo podrán ser comunicados sus

datos a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal. El órgano competente de la Administración remitirá mensualmente al Ministerio Fiscal extracto de las diligencias de identificación con expresión del tiempo utilizado en cada una. Los asientos de este libro-registro se cancelarán de oficio a los tres años.

4. A las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación, se les deberá expedir a su salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes.

5. En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en esta Ley.

Artículo 17. Restricción del tránsito y controles en las vías públicas.

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento. Asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.

2. Para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento y detención de quienes hubieran participado en su comisión y proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales.

Artículo 18. Comprobaciones y registros en lugares públicos.

1. Los agentes de la autoridad podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes y vehículos que sean necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana, cuando tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención. A tal fin, los ciudadanos tienen el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

2. Los agentes de la autoridad podrán proceder a la ocupación temporal de cualesquiera objetos, instrumentos o medios de agresión, incluso de las armas que se porten con licencia, permiso o autorización si se estima necesario, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de los bienes.

Artículo 19. Disposiciones comunes a las diligencias de identificación, registro y comprobación.

1. Las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con ocasión de actuaciones realizadas conforme a lo dispuesto en esta sección no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención.

2. La aprehensión durante las diligencias de identificación, registro y comprobación de armas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros efectos procedentes de un delito o infracción administrativa se hará constar en el acta correspondiente, que habrá de ser firmada por el interesado; si éste se negara a firmarla, se dejará constancia expresa de su negativa. El acta que se extienda gozará de presunción de veracidad de los hechos en ella consignados, salvo prueba en contrario.

Artículo 20. Registros corporales externos.

1. Podrá practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes:

a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia.

b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Artículo 21. Medidas de seguridad extraordinarias.

Las autoridades competentes podrán acordar, como medidas de seguridad extraordinarias, el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la prohibición del paso, la evacuación de inmuebles o espacios públicos debidamente acotados, o el depósito de explosivos u otras sustancias susceptibles de ser empleadas como tales, en situaciones de emergencia que las hagan imprescindibles y durante el tiempo estrictamente necesario para garantizar la seguridad ciudadana. Dichas medidas podrán

adoptarse por los agentes de la autoridad si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible, incluso mediante órdenes verbales.

A los efectos de este artículo, se entiende por emergencia aquella situación de riesgo sobrevenida por un evento que pone en peligro inminente a personas o bienes y exige una actuación rápida por parte de la autoridad o de sus agentes para evitarla o mitigar sus efectos.

Artículo 22. Uso de videocámaras.

La autoridad gubernativa y, en su caso, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán proceder a la grabación de personas, lugares u objetos mediante cámaras de videovigilancia fijas o móviles legalmente autorizadas, de acuerdo con la legislación vigente en la materia.

Sección 2.ª Mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones

Artículo 23. Reuniones y manifestaciones.

1. Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana.

Asimismo podrán acordar la disolución de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.

2. Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso.

3. Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible.

En caso de que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos sin necesidad de previo aviso.

Artículo 24. Colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En los casos a que se refiere el artículo anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad colaborarán mutuamente en los términos previstos en su Ley orgánica reguladora.

CAPÍTULO IV

Potestades especiales de policía administrativa de seguridad

Artículo 25. Obligaciones de registro documental.

1. Las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como las de hospedaje, transporte de personas, acceso comercial a servicios telefónicos o telemáticos de uso público mediante establecimientos abiertos al público, comercio o reparación de objetos usados, alquiler o desguace de vehículos de motor, compraventa de joyas y metales, ya sean preciosos o no, objetos u obras de arte, cerrajería de seguridad, centros gestores de residuos metálicos, establecimientos de comercio al por mayor de chatarra o productos de desecho, o de venta de productos químicos peligrosos a particulares, quedarán sujetas a las obligaciones de registro documental e información en los términos que establezcan las disposiciones aplicables.

2. Los titulares de embarcaciones de alta velocidad, así como los de aeronaves ligeras estarán obligados a realizar las actuaciones de registro documental e información previstas en la normativa vigente.

Artículo 26. Establecimientos e instalaciones obligados a adoptar medidas de seguridad.

Reglamentariamente, en desarrollo de lo dispuesto en esta Ley, en la legislación de seguridad privada, en la de infraestructuras críticas o en otra normativa sectorial, podrá establecerse la necesidad de adoptar medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, así como en las infraestructuras críticas, con la finalidad de prevenir la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas, o cuando generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables.

Artículo 27. Espectáculos y actividades recreativas.

1. El Estado podrá dictar normas de seguridad pública para los edificios e instalaciones en los que se celebren espectáculos y actividades recreativas.

2. Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para preservar la pacífica celebración de espectáculos públicos. En particular, podrán prohibir y, en caso de estar celebrándose, suspender los espectáculos y actividades recreativas cuando exista un peligro cierto para personas y bienes, o acaecieran o se previeran graves alteraciones de la seguridad ciudadana.

3. La normativa específica determinará los supuestos en los que los delegados de la autoridad deban estar presentes en la celebración de los espectáculos y actividades recreativas, los cuales podrán proceder, previo aviso a los organizadores, a la suspensión de los mismos por razones de máxima urgencia en los supuestos previstos en el apartado anterior.

4. Los espectáculos deportivos quedarán, en todo caso, sujetos a las medidas de prevención de la violencia dispuestas en la legislación específica contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

Artículo 28. Control administrativo sobre armas, explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos.

1. Corresponde al Gobierno:

a) La regulación de los requisitos y condiciones de fabricación, reparación, circulación, almacenamiento, comercio, adquisición, enajenación, tenencia y utilización de armas, sus imitaciones, réplicas y piezas fundamentales.

b) La regulación de los requisitos y condiciones mencionados anteriormente en relación con los explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos.

c) La adopción de las medidas de control necesarias para el cumplimiento de los requisitos y condiciones a que se refieren los párrafos a) y b).

2. La intervención de armas, explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos corresponde al Ministerio del Interior, que la ejerce a través de la Dirección General de la Guardia Civil, cuyos servicios están habilitados para realizar en cualquier momento las inspecciones y comprobaciones que sean necesarias en los espacios que estén destinados a su fabricación, depósito, comercialización o utilización.

Artículo 29. Medidas de control.

1. El Gobierno regulará las medidas de control necesarias sobre las materias relacionadas en el artículo anterior:

a) Mediante la sujeción de la apertura y funcionamiento de las fábricas, talleres, depósitos, establecimientos de comercialización y lugares de utilización y las actividades relacionadas con ellas a requisitos de catalogación o clasificación, autorización, información, inspección, vigilancia y control, requisitos especiales de habilitación para el personal encargado de su manipulación, así como la determinación del régimen de responsabilidad de quienes tengan el deber de prevenir la comisión de determinadas infracciones.

b) Estableciendo la obligatoria titularidad de licencias, permisos o autorizaciones para la adquisición, tenencia y utilización de armas de fuego, cuya expedición tendrá carácter restrictivo cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias, permisos o autorizaciones se limitará a supuestos de estricta necesidad. Para la concesión de licencias, permisos y autorizaciones se tendrán en cuenta la conducta y antecedentes del interesado. En todo caso, el solicitante prestará su consentimiento expreso a favor del órgano de la Administración General del Estado que tramita su solicitud para que se recaben sus antecedentes penales.

c) A través de la prohibición de la fabricación, tenencia y comercialización de armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos especialmente peligrosos, así como el depósito de los mismos.

2. La fabricación, comercio y distribución de armas, artículos pirotécnicos, cartuchería y explosivos, constituye un sector con regulación específica en materia de derecho de establecimiento, en los términos previstos por la legislación sobre inversiones extranjeras en España, correspondiendo a los Ministerios de Defensa, del

Interior y de Industria, Energía y Turismo el ejercicio de las competencias de supervisión y control.

CAPÍTULO V

Régimen sancionador

Sección 1.ª Sujetos responsables, órganos competentes y reglas generales sobre las infracciones y la aplicación de las sanciones

Artículo 30. Sujetos responsables.

1. La responsabilidad por las infracciones cometidas recaerá directamente en el autor del hecho en que consista la infracción.

2. Estarán exentos de responsabilidad por las infracciones cometidas los menores de catorce años.

En caso de que la infracción sea cometida por un menor de catorce años, la autoridad competente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, en su caso, las actuaciones oportunas.

3. A los efectos de esta Ley se considerarán organizadores o promotores de las reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la preceptiva comunicación. Asimismo, aun no habiendo suscrito o presentado la comunicación, también se considerarán organizadores o promotores quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes, o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas.

Artículo 31. Normas concursales.

1. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de esta u otra Ley se sancionarán observando las siguientes reglas:

a) El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

b) El precepto más amplio o complejo absorberá el que sancione las infracciones consumidas en aquel.

c) En defecto de los criterios anteriores, el precepto más grave excluirá los que sancionen el hecho con una sanción menor.

2. En el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra, la conducta será sancionada por aquella infracción que aplique una mayor sanción.

3. Cuando una acción u omisión deba tomarse en consideración como criterio de graduación de la sanción o como circunstancia que determine la calificación de la infracción no podrá ser sancionada como infracción independiente.

Artículo 32. Órganos competentes.

1. Son órganos competentes en el ámbito de la Administración General del Estado:

a) El Ministro del Interior, para la sanción de las infracciones muy graves en grado máximo.

b) El Secretario de Estado de Seguridad, para la sanción de infracciones muy graves en grado medio y en grado mínimo.

c) Los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla, para la sanción de las infracciones graves y leves.

2. Serán competentes para imponer las sanciones tipificadas en esta Ley las autoridades correspondientes de la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias en materia de seguridad ciudadana.

3. Los alcaldes podrán imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en esta Ley cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica.

En los términos del artículo 41, las ordenanzas municipales podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley.

Artículo 33. Graduación de las sanciones.

1. En la imposición de las sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en esta Ley se observará el principio de proporcionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados siguientes.

2. Dentro de los límites previstos para las infracciones muy graves y graves, las multas se dividirán en tres tramos de igual extensión, correspondientes a los grados mínimo, medio y máximo, en los términos del apartado 1 del artículo 39.

La comisión de una infracción determinará la imposición de la multa correspondiente en grado mínimo.

La infracción se sancionará con multa en grado medio cuando se acredite la concurrencia, al menos, de una de las siguientes circunstancias:

a) La reincidencia, por la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

b) La realización de los hechos interviniendo violencia, amenaza o intimidación.

c) La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación.

d) Que en la comisión de la infracción se utilice a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o en situación de vulnerabilidad.

En cada grado, para la individualización de la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública.
- b) La cuantía del perjuicio causado.
- c) La trascendencia del perjuicio para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana.
- d) La alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento a la población de bienes y servicios.
- e) El grado de culpabilidad.
- f) El beneficio económico obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción.
- g) La capacidad económica del infractor.

Las infracciones sólo se sancionarán con multa en grado máximo cuando los hechos revistan especial gravedad y así se justifique teniendo en cuenta el número y la entidad de las circunstancias concurrentes y los criterios previstos en este apartado.

3. La multa por la comisión de infracciones leves se determinará directamente atendiendo a las circunstancias y los criterios del apartado anterior.

Sección 2.ª Infracciones y sanciones

Artículo 34. Clasificación de las infracciones.

Las infracciones tipificadas en esta Ley se clasifican en muy graves, graves y leves.

Artículo 35. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. Las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluido su sobrevuelo, cuando, en cualquiera de estos supuestos, se haya generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas.

En el caso de las reuniones y manifestaciones serán responsables los organizadores o promotores.

2. La fabricación, reparación, almacenamiento, circulación, comercio, transporte, distribución, adquisición, certificación, enajenación o utilización de armas reglamentarias, explosivos catalogados, cartuchería o artículos pirotécnicos, incumpliendo la normativa de aplicación, careciendo de la documentación o autorización requeridas o excediendo los límites autorizados cuando tales conductas no sean constitutivas de delito así como la omisión, insuficiencia, o falta de eficacia de las

medidas de seguridad o precauciones que resulten obligatorias, siempre que en tales actuaciones se causen perjuicios muy graves.

3. La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente por razones de seguridad pública.

4. La proyección de haces de luz, mediante cualquier tipo de dispositivo, sobre los pilotos o conductores de medios de transporte que puedan deslumbrarles o distraer su atención y provocar accidentes.

Artículo 36. Infracciones graves.

Son infracciones graves:

1. La perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de infracción penal.

2. La perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal.

3. Causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana.

4. Los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan al margen de los procedimientos legalmente establecidos y no sean constitutivos de delito.

5. Las acciones y omisiones que impidan u obstaculicen el funcionamiento de los servicios de emergencia, provocando o incrementando un riesgo para la vida o integridad de las personas o de daños en los bienes, o agravando las consecuencias del suceso que motive la actuación de aquéllos.

6. La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación.

7. La negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio.

8. La perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya infracción penal.

9. La intrusión en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad, incluyendo su sobrevuelo, cuando se haya producido una interferencia grave en su funcionamiento.

10. Portar, exhibir o usar armas prohibidas, así como portar, exhibir o usar armas de modo negligente, temerario o intimidatorio, o fuera de los lugares habilitados para su uso, aún cuando en este último caso se tuviera licencia, siempre que dichas conductas no constituyan infracción penal.

11. La solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial.

Los agentes de la autoridad requerirán a las personas que ofrezcan estos servicios para que se abstengan de hacerlo en dichos lugares, informándoles de que la inobservancia de dicho requerimiento podría constituir una infracción del párrafo 6 de este artículo.

12. La fabricación, reparación, almacenamiento, circulación, comercio, transporte, distribución, adquisición, certificación, enajenación o utilización de armas reglamentarias, explosivos catalogados, cartuchería o artículos pirotécnicos, incumpliendo la normativa de aplicación, careciendo de la documentación o autorización requeridas o excediendo los límites autorizados cuando tales conductas no sean constitutivas de delito, así como la omisión, insuficiencia, o falta de eficacia de las medidas de seguridad o precauciones que resulten obligatorias.

13. La negativa de acceso o la obstrucción deliberada de las inspecciones o controles reglamentarios, establecidos conforme a lo dispuesto en esta Ley, en fábricas, locales, establecimientos, embarcaciones y aeronaves.

14. El uso público e indebido de uniformes, insignias o condecoraciones oficiales, o réplicas de los mismos, así como otros elementos del equipamiento de los cuerpos policiales o de los servicios de emergencia que puedan generar engaño acerca de la condición de quien los use, cuando no sea constitutivo de infracción penal.

15. La falta de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la averiguación de delitos o en la prevención de acciones que puedan poner en riesgo la seguridad ciudadana en los supuestos previstos en el artículo 7.

16. El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares.

17. El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito.

18. La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal.

19. La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

20. La carencia de los registros previstos en esta Ley para las actividades con trascendencia para la seguridad ciudadana o la omisión de comunicaciones obligatorias.

21. La alegación de datos o circunstancias falsos para la obtención de las documentaciones previstas en esta Ley, siempre que no constituya infracción penal.

22. El incumplimiento de las restricciones a la navegación reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad y aeronaves ligeras.

23. El uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información.

Artículo 37. Infracciones leves.

Son infracciones leves:

1. La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores.

2. La exhibición de objetos peligrosos para la vida e integridad física de las personas con ánimo intimidatorio, siempre que no constituya delito o infracción grave.

3. El incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos.

4. Las faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, cuando estas conductas no sean constitutivas de infracción penal.

5. La realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena, cuando no constituya infracción penal.

6. La proyección de haces de luz, mediante cualquier tipo de dispositivo, sobre miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para impedir o dificultar el ejercicio de sus funciones.

7. La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal.

Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada.

8. La omisión o la insuficiencia de medidas para garantizar la conservación de la documentación de armas y explosivos, así como la falta de denuncia de la pérdida o sustracción de la misma.

9. Las irregularidades en la cumplimentación de los registros previstos en esta Ley con trascendencia para la seguridad ciudadana, incluyendo la alegación de datos o circunstancias falsos o la omisión de comunicaciones obligatorias dentro de los plazos establecidos, siempre que no constituya infracción penal.

10. El incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal legalmente exigida, así como la omisión negligente de la denuncia de su sustracción o extravío.

11. La negligencia en la custodia y conservación de la documentación personal legalmente exigida, considerándose como tal la tercera y posteriores pérdidas o extravíos en el plazo de un año.

12. La negativa a entregar la documentación personal legalmente exigida cuando se hubiese acordado su retirada o retención.

13. Los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal.

14. El escalamiento de edificios o monumentos sin autorización cuando exista un riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes.

15. La remoción de vallas, encintados u otros elementos fijos o móviles colocados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para delimitar perímetros de seguridad, aun con carácter preventivo, cuando no constituya infracción grave.

16. Dejar sueltos o en condiciones de causar daños animales feroces o dañinos, así como abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida.

17. El consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana.

Artículo 38. Prescripción de las infracciones.

1. Las infracciones administrativas tipificadas en esta Ley prescribirán a los seis meses, al año o a los dos años de haberse cometido, según sean leves, graves o muy graves, respectivamente.

2. Los plazos señalados en esta Ley se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción. No obstante, en los casos de infracciones continuadas y de infracciones de efectos permanentes, los plazos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita.

3. La prescripción se interrumpirá por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento formal el interesado dirigida a la sanción de la infracción, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción si el procedimiento estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

4. Se interrumpirá igualmente la prescripción como consecuencia de la apertura de un procedimiento judicial penal, hasta que la autoridad judicial comunique al órgano administrativo su finalización en los términos del apartado 2 del artículo 45.

Artículo 39. Sanciones.

1. Las infracciones muy graves se sancionarán con multa de 30.001 a 600.000 euros; las graves, con multa de 601 a 30.000 euros, y las leves, con multa de 100 a 600 euros.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2, los tramos correspondientes a los grados máximo, medio y mínimo de las multas previstas por la comisión de infracciones graves y muy graves serán los siguientes:

a) Para las infracciones muy graves, el grado mínimo comprenderá la multa de 30.001 a 220.000 euros; el grado medio, de 220.001 a 410.000 euros, y el grado máximo, de 410.001 a 600.000 euros.

b) Para las infracciones graves, el grado mínimo comprenderá la multa de 601 a 10.400; el grado medio, de 10.401 a 20.200 euros, y el grado máximo, de 20.201 a 30.000 euros.

2. La multa podrá llevar aparejada alguna o algunas de las siguientes sanciones accesorias, atendiendo a la naturaleza de los hechos constitutivos de la infracción:

a) La retirada de las armas y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas.

b) El comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción y, en su caso, de los efectos procedentes de ésta, salvo que unos u otros pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable de dicha infracción que los haya adquirido legalmente. Cuando los instrumentos o efectos sean de lícito comercio y su valor no guarde relación con la naturaleza o gravedad de la infracción, el órgano competente para imponer la sanción que proceda podrá no acordar el comiso o acordarlo parcialmente.

c) La suspensión temporal de las licencias, autorizaciones o permisos desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses para las infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en el capítulo IV de esta Ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves.

d) La clausura de las fábricas, locales o establecimientos, desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses por infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en el capítulo IV de esta Ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves.

Artículo 40. Prescripción de las sanciones.

1. Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por infracciones graves, a los dos años, y las impuestas por infracciones leves al año, computados desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza en vía administrativa la resolución por la que se impone la sanción.

2. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél se paraliza durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

Artículo 41. Habilitación reglamentaria.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar su naturaleza y límites, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

Artículo 42. Reparación del daño e indemnización.

1. Si las conductas sancionadas hubieran ocasionado daños o perjuicios a la administración pública, la resolución del procedimiento contendrá un pronunciamiento expreso acerca de los siguientes extremos:

a) La exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción.

b) Cuando ello no fuera posible, la indemnización por los daños y perjuicios causados, si éstos hubiesen quedado determinados durante el procedimiento. Si el importe de los daños y perjuicios no hubiese quedado establecido, se determinará en un procedimiento complementario, susceptible de terminación convencional, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa.

2. La responsabilidad civil derivada de una infracción será siempre solidaria entre todos los causantes del daño.

3. Cuando sea declarado autor de los hechos cometidos un menor de dieciocho años no emancipado o una persona con la capacidad modificada judicialmente, responderán, solidariamente con él, de los daños y perjuicios ocasionados sus padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales o de hecho, según proceda.

Artículo 43. Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana.

1. A efectos exclusivamente de apreciar la reincidencia en la comisión de infracciones tipificadas en esta Ley, se crea en el Ministerio del Interior un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana.

Las comunidades autónomas que hayan asumido competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana y cuenten con un cuerpo de policía propio, podrán crear sus propios registros de infracciones contra la seguridad ciudadana.

2. Reglamentariamente se regulará la organización y funcionamiento del Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana, en el que únicamente se practicarán los siguientes asientos:

a) Datos personales del infractor.

b) Infracción cometida.

c) Sanción o sanciones firmes en vía administrativa impuestas, con indicación de su alcance temporal, cuando proceda.

d) Lugar y fecha de la comisión de la infracción.

e) Órgano que haya impuesto la sanción.

3. Las personas a las que se haya impuesto una sanción que haya adquirido firmeza en vía administrativa serán informadas de que se procederá a la práctica de los correspondientes asientos en el Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana. Podrán solicitar el acceso, cancelación o rectificación de sus datos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo. Los asientos se cancelarán de oficio transcurridos tres años cuando se trate de infracciones muy graves, dos años en el caso de infracciones graves y uno en el de infracciones leves, a contar desde la firmeza de la sanción.

4. Las autoridades y órganos de las distintas administraciones públicas con competencia sancionadora en materia de seguridad ciudadana, de acuerdo con esta Ley, comunicarán al Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana las resoluciones sancionadoras dictadas, una vez firmes en vía administrativa. Asimismo, a estos efectos, dichas administraciones públicas tendrán acceso a los datos obrantes en ese Registro Central.

Sección 3.ª Procedimiento sancionador

Artículo 44. Régimen jurídico.

El ejercicio de la potestad sancionadora en materia de protección de la seguridad ciudadana se regirá por el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y sus disposiciones de desarrollo, sin perjuicio de las especialidades que se regulan en este capítulo.

Artículo 45. Carácter subsidiario del procedimiento administrativo sancionador respecto del penal.

1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

2. En los supuestos en que las conductas pudieran ser constitutivas de delito, el órgano administrativo pasará el tanto de culpa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que de otro modo ponga fin al procedimiento penal, o el Ministerio Fiscal no acuerde la improcedencia de iniciar o proseguir las actuaciones en vía penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción.

La autoridad judicial y el Ministerio Fiscal comunicarán al órgano administrativo la resolución o acuerdo que hubieran adoptado.

3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, podrá iniciarse o proseguir el procedimiento sancionador. En todo caso, el órgano administrativo quedará vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial.

4. Las medidas cautelares adoptadas antes de la intervención judicial podrán mantenerse mientras la autoridad judicial no resuelva otra cosa.

Artículo 46. Acceso a los datos de otras administraciones públicas.

1. Las autoridades y órganos de las distintas administraciones públicas competentes para imponer sanciones de acuerdo con esta Ley podrán acceder a los datos relativos a los sujetos infractores que estén directamente relacionados con la investigación de los hechos constitutivos de infracción, sin necesidad de consentimiento previo del titular de los datos, con las garantías de seguridad, integridad y disponibilidad, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

2. A los exclusivos efectos de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del Estado competentes en los procedimientos regulados en esta Ley y sus normas de desarrollo tienen encomendadas, la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, en los términos establecidos en la normativa tributaria o de la seguridad social, así como el Instituto Nacional de Estadística, en lo relativo al Padrón Municipal de Habitantes, facilitarán a aquéllos el acceso a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos procedimientos, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados.

Artículo 47. Medidas provisionales anteriores al procedimiento.

1. Los agentes de la autoridad intervendrán y aprehenderán cautelarmente los instrumentos utilizados para la comisión de la infracción, así como el dinero, los frutos o los productos directamente obtenidos, que se mantendrán en los depósitos

establecidos al efecto o bajo la custodia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mientras se tramita el procedimiento sancionador o hasta que, en su caso, se resuelva la devolución o se decrete el comiso.

Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del artículo 49, si la aprehensión fuera de bienes fungibles y el coste del depósito superase el valor venal, éstos se destruirán o se les dará el destino adecuado, de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

2. Excepcionalmente, en los supuestos de grave riesgo o peligro inminente para personas o bienes, las medidas provisionales previstas en el apartado 1 del artículo 49, salvo la del párrafo f), podrán ser adoptadas directamente por los agentes de la autoridad con carácter previo a la iniciación del procedimiento, debiendo ser ratificadas, modificadas o revocadas en el acuerdo de incoación en el plazo máximo de quince días. En todo caso, estas medidas quedarán sin efecto si, transcurrido dicho plazo, no se incoa el procedimiento o el acuerdo de incoación no contiene un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

Artículo 48. Actuaciones previas.

1. Con anterioridad a la incoación del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar si concurren circunstancias que las justifiquen. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

Las actuaciones previas se incorporarán al procedimiento sancionador.

2. Las actuaciones previas podrán desarrollarse sin intervención del presunto responsable, si fuera indispensable para garantizar el buen fin de la investigación, dejando constancia escrita en las diligencias instruidas al efecto de las razones que justifican su no intervención.

3. La práctica de actuaciones previas no interrumpirá la prescripción de las infracciones.

Artículo 49. Medidas de carácter provisional.

1. Incoado el expediente, el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción o preservar la seguridad ciudadana, sin que en ningún caso puedan tener carácter sancionador. Dichas medidas serán proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la infracción y podrán consistir especialmente en:

a) El depósito en lugar seguro de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de las infracciones y, en particular, de las armas, explosivos, aerosoles,

objetos o materias potencialmente peligrosos para la tranquilidad ciudadana, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

b) La adopción de medidas de seguridad de las personas, bienes, establecimientos o instalaciones que se encuentren en situación de peligro, a cargo de sus titulares.

c) La suspensión o clausura preventiva de fábricas, locales o establecimientos susceptibles de afectar a la seguridad ciudadana.

d) La suspensión parcial o total de las actividades en los establecimientos que sean notoriamente vulnerables y no tengan en funcionamiento las medidas de seguridad necesarias.

e) La adopción de medidas de seguridad de las personas y los bienes en infraestructuras e instalaciones en las que se presten servicios básicos para la comunidad.

f) La suspensión de la actividad objeto de autorizaciones, permisos, licencias y otros documentos expedidos por las autoridades administrativas, en el marco de la normativa que le sea de aplicación.

g) La suspensión en la venta, reventa o venta ambulante de las entradas del espectáculo o actividad recreativa cuya celebración o desarrollo pudiera implicar un riesgo para la seguridad ciudadana.

2. Los gastos ocasionados por la adopción de las medidas provisionales correrán a cargo del causante de los hechos objeto del expediente sancionador.

3. La duración de las medidas de carácter provisional no podrá exceder de la mitad del plazo previsto en esta Ley para la sanción que pudiera corresponder a la infracción cometida, salvo acuerdo debidamente motivado adoptado por el órgano competente.

4. El acuerdo de adopción de medidas provisionales se notificará a los interesados en el domicilio del que tenga constancia por cualquier medio la administración o, en su caso, por medios electrónicos, con indicación de los recursos procedentes contra el mismo, órgano ante el que deban presentarse y plazos para interponerlos. La autoridad competente para su adopción podrá acordar que sea objeto de conocimiento general cuando ello sea necesario para garantizar la seguridad ciudadana, con sujeción a lo dispuesto en la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

5. Las medidas adoptadas serán inmediatamente ejecutivas, sin perjuicio de que los interesados puedan solicitar su suspensión justificando la apariencia de buen derecho y la existencia de daños de difícil o imposible reparación, prestando, en su caso, caución suficiente para asegurar el perjuicio que se pudiera derivar para la seguridad ciudadana.

6. Las medidas provisionales acordadas podrán ser modificadas o levantadas cuando varíen las circunstancias que motivaron su adopción y, en todo caso, se extinguirán con la resolución que ponga fin al procedimiento.

Artículo 50. Caducidad del procedimiento.

1. El procedimiento caducará transcurrido un año desde su incoación sin que se haya notificado la resolución, debiendo, no obstante, tenerse en cuenta en el cómputo las posibles paralizaciones por causas imputables al interesado o la suspensión que debiera acordarse por la existencia de un procedimiento judicial penal, cuando concorra identidad de sujeto, hecho y fundamento, hasta la finalización de éste.

2. La resolución que declare la caducidad se notificará al interesado y pondrá fin al procedimiento, sin perjuicio de que la administración pueda acordar la incoación de un nuevo procedimiento en tanto no haya prescrito la infracción. Los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

Artículo 51. Efectos de la resolución.

En el ámbito de la Administración General del Estado, la resolución del procedimiento sancionador será recurrible de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, en su caso, por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, en los términos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Artículo 52. Valor probatorio de las declaraciones de los agentes de la autoridad.

En los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de esta Ley, las denuncias, atestados o actas formulados por los agentes de la autoridad en ejercicio de sus funciones que hubiesen presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los denunciados, constituirán base suficiente para adoptar la resolución que proceda, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de que aquéllos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles.

Artículo 53. Ejecución de la sanción.

1. Una vez firme en vía administrativa, se procederá a la ejecución de la sanción conforme a lo previsto en esta Ley.

2. El cumplimiento de la sanción de suspensión de las licencias, autorizaciones o permisos se iniciará transcurrido un mes desde que la sanción haya adquirido firmeza en vía administrativa.

3. Las sanciones pecuniarias que no hayan sido abonadas previamente deberán hacerse efectivas dentro de los quince días siguientes a la fecha de la firmeza de la sanción. Una vez vencido el plazo de ingreso sin que se hubiese satisfecho la sanción, su exacción se llevará a cabo por el procedimiento de apremio. A tal efecto, será título ejecutivo la providencia de apremio notificada al deudor, expedida por el órgano competente de la administración.

4. Cuando las sanciones hayan sido impuestas por la Administración General del Estado, los órganos y procedimientos de la recaudación ejecutiva serán los establecidos

en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

5. En caso de que la resolución acuerde la devolución de los instrumentos aprehendidos cautelarmente a los que se refiere el apartado 1 del artículo 47, transcurrido un mes desde la notificación de la misma sin que el titular haya recuperado el objeto aprehendido, se procederá a su destrucción o se le dará el destino adecuado en el marco de esta Ley.

Artículo 54. Procedimiento abreviado.

1. Una vez notificado el acuerdo de incoación del procedimiento para la sanción de infracciones graves o leves, el interesado dispondrá de un plazo de quince días para realizar el pago voluntario con reducción de la sanción de multa, o para formular las alegaciones y proponer o aportar las pruebas que estime oportunas.

Si efectúa el pago de la multa en las condiciones indicadas en el párrafo anterior, se seguirá el procedimiento sancionador abreviado, y, en caso de no hacerlo, el procedimiento sancionador ordinario.

2. El procedimiento sancionador abreviado no será de aplicación a las infracciones muy graves.

3. Una vez realizado el pago voluntario de la multa dentro del plazo de quince días contados desde el día siguiente al de su notificación, se tendrá por concluido el procedimiento sancionador con las siguientes consecuencias:

a) La reducción del 50 por ciento del importe de la sanción de multa.

b) La renuncia a formular alegaciones. En el caso de que fuesen formuladas se tendrán por no presentadas.

c) La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago, siendo recurrible la sanción únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Disposición adicional primera. Régimen de control de precursores de drogas y explosivos.

El sistema de otorgamiento de licencias de actividad, así como el régimen sancionador aplicable en caso de infracción de las disposiciones comunitarias e internacionales para la vigilancia del comercio de precursores de drogas y explosivos se regirá por lo dispuesto en sus legislaciones específicas.

Disposición adicional segunda. Régimen de protección de las infraestructuras críticas.

La protección de las infraestructuras críticas se regirá por su normativa específica y supletoriamente por esta Ley.

Disposición adicional tercera. Comparecencia obligatoria en los procedimientos para la obtención del Documento Nacional de Identidad y el pasaporte.

En los procedimientos administrativos de obtención del Documento Nacional de Identidad y el pasaporte será obligatoria la comparecencia del interesado ante los órganos o unidades administrativas competentes para su tramitación.

Excepcionalmente podrá eximirse de la comparecencia personal al solicitante de un pasaporte provisional en una Misión diplomática u Oficina consular española por razones justificadas de enfermedad, riesgo, lejanía u otras análogas y debidamente acreditadas que impidan o dificulten gravemente la comparecencia.

Disposición adicional cuarta. Comunicaciones del Registro Civil.

A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley, el Registro Civil comunicará al Ministerio del Interior las inscripciones de resoluciones de capacidad modificada judicialmente, los fallecimientos o las declaraciones de ausencia o fallecimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Disposición adicional quinta. Suspensión de sanciones pecuniarias impuestas por infracciones en materia de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cometidas por menores de edad.

Las multas que se impongan a los menores de edad por la comisión de infracciones en materia de consumo o tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas podrán suspenderse siempre que, a solicitud de los infractores y sus representantes legales, aquéllos accedan a someterse a tratamiento o rehabilitación, si lo precisan, o a actividades de reeducación. En caso de que los infractores abandonen el tratamiento o rehabilitación o las actividades reeducativas, se procederá a ejecutar la sanción económica.

Reglamentariamente se regularán los términos y condiciones de la remisión parcial de sanciones prevista en esta disposición adicional.

Disposición adicional sexta. Infraestructuras e instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad.

A los efectos de lo dispuesto en los artículos 35.1 y 36.9, se entenderá por infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad:

- a) Centrales nucleares, petroquímicas, refinerías y depósitos de combustible.
- b) Puertos, aeropuertos y demás infraestructuras de transporte.
- c) Servicios de suministro y distribución de agua, gas y electricidad.
- d) Infraestructuras de telecomunicaciones.

Disposición adicional séptima. No incremento de gasto público.

Las medidas contempladas en esta Ley no generarán incremento de dotaciones ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal al servicio del sector público.

Disposición transitoria única. Procedimientos sancionadores iniciados a la entrada en vigor de esta Ley.

Los procedimientos sancionadores iniciados a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la legislación anterior, salvo que esta Ley contenga disposiciones más favorables para el interesado.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

1. Queda derogada la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

2. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Disposición final primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

1. Se adiciona una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla.

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.»

2. La disposición final cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, queda redactada del siguiente modo:

«Disposición final cuarta. Preceptos no orgánicos.

1. Tienen naturaleza orgánica los preceptos contenidos en los siguientes artículos de esta Ley: 1, 2, 3, 4.1, 4.3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 18 bis, 19, 20, 21, 22.1, 23, 24, 25, 25 bis, 27, 29, 30, 30 bis, 31, 31 bis, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 59 bis, 60, 61, 62, 62 bis, 62 ter, 62 quáter, 62 quinquies, 62 sexies, 63, 63 bis, 64, 66, 71, las disposiciones adicionales tercera a octava y décima y las disposiciones finales.

2. Los preceptos no incluidos en el apartado anterior no tienen naturaleza orgánica.»

Disposición final segunda. Títulos competenciales.

Las disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.29.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, excepto los artículos 28 y 29, que se dictan al amparo del artículo 149.1.26.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.

Disposición final tercera. Preceptos que tienen carácter de Ley orgánica.

1. Tienen carácter orgánico los preceptos de esta Ley que se relacionan a continuación:

El capítulo I, excepto el artículo 5.

Los artículos 9 y 11 del capítulo II.

El capítulo III.

Del capítulo V, el apartado 3 del artículo 30; el ordinal 1 del artículo 35; los ordinales 2, 7, 8 y 23 del artículo 36, y los ordinales 1 y 4 del artículo 37.

La disposición derogatoria única.

La disposición final primera.

La disposición final tercera.

2. Los preceptos no incluidos en el apartado anterior no tienen carácter orgánico.

Disposición final cuarta. Habilitación para el desarrollo reglamentario.

Se habilita al Gobierno, en el ámbito de sus competencias, para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en esta Ley.

Disposición final quinta. Entrada en vigor.

Esta Ley orgánica entrará en vigor el 1 de julio de 2015, salvo la disposición final primera, que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

Sevilla, 30 de marzo de 2015.

2. Colombia¹

Proyecto de Ley 224 de 2015, por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones

La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho presentaron ante el Congreso de la República una propuesta legislativa de reforma al Código de Procedimiento Penal (así como el Código Penal y el Código Penitenciario y Carcelario), mediante la cual se pretende resolver las distintas problemáticas del sistema penal acusatorio. El proyecto busca un proceso penal más ágil que respete las garantías y derechos fundamentales de las víctimas y los involucrados en las investigaciones y actuaciones ante los jueces. Además se propone que el Estado pueda combatir de manera eficiente las diversas formas de criminalidad que más afectan a los ciudadanos.

Puede consultarse el texto del Proyecto de Ley 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. Congresos, seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente o ha (co)organizado los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) I Congreso Internacional de la FICP

Sobre “**Retos actuales de teoría del delito**”. **29 y 30 de mayo de 2015** (todo el viernes 29 y sábado 30 por la mañana). Facultad de Derecho, **Univ. de Barcelona**. 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).

El Congreso está destinado exclusivamente a los miembros de la FICP, por lo que para participar en el mismo es necesaria la previa asociación a la FICP y posterior inscripción en la dirección indicada en el programa, disponible en nuestra página web www.ficp.es en Noticias y Cursos/Próximos cursos.

(ii) Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE

El **Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta**, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia) y patrono de la FICP, impartió el pasado **21 de abril de 2015** una conferencia sobre "**Política criminal y realidad social colombiana**". Salón de Grados de la Facultad de Derecho, **Univ. de León**. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP.

(iii) II Congreso Nacional Penitenciario Legionense

Sobre "**La prisión como espacio de integración social: nuevos retos y perspectivas de futuro**". **7 y 8 de mayo de 2015**. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, **Univ. de León**. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la FICP. Acceso abierto previa inscripción hasta el 6 de mayo en: matrab@unileon.es. El cartel y el tríptico se encuentran disponibles en nuestra página web www.ficp.es en Noticias y Cursos/Próximos cursos.

(iv) XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

Sobre “**Derecho penal general y de empresa**”. **Junio de 2015**. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, España. Director: Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-M. Luzón Peña, Presidente de honor de la FICP y Catedrático de Derecho Penal. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP.

Coordinadores: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Dr. J. Zamyra Vega Gutiérrez, Prof. E. Luzón Campos y D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.

Acceso restringido: a la escuela científica del Prof. Luzón, el patronato de la FICP e invitados. Posteriormente, en la página web www.ficp.es, en la pestaña de Publicaciones/Actas de Congresos y Seminarios, se publicarán el programa y las Actas del Seminario, con las ponencias y las relaciones de los debates, como ya se ha hecho con las ediciones anteriores.

(v) **XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**

Sobre "**la justificación del castigo penal**". **9 y 10 de julio de 2015** (el jueves por la tarde y el viernes por la mañana). Facultad de Derecho, Univ. de León. Directores: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos, respectivamente, de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP.

Acceso abierto previa inscripción en: jagara@unileon.es. El cartel y programa se publicarán próximamente en nuestra página web www.ficp.es en Noticias y Cursos/Próximos cursos.

2. Campaña de difusión

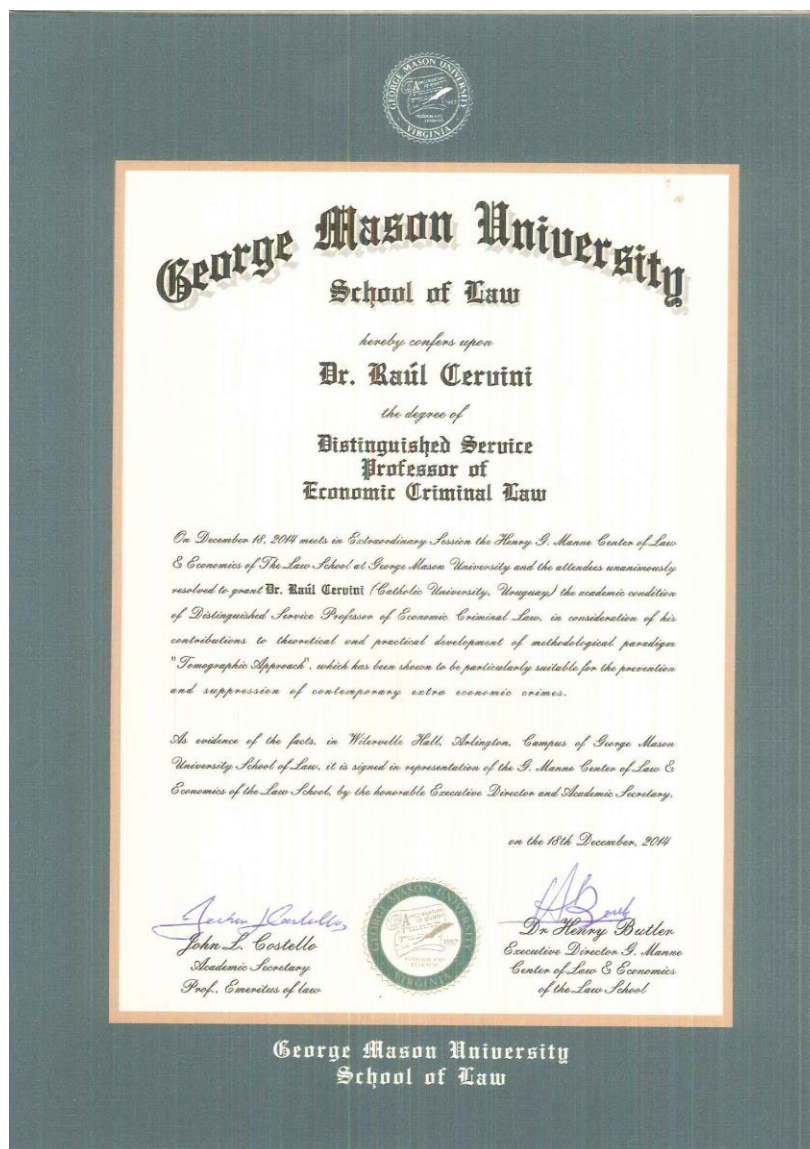
Como consecuencia de la campaña de difusión de la FICP iniciada el pasado año 2014, la FICP ya supera los 230 socios, entre ellos renombrados Catedráticos de Derecho Penal. En la campaña, en la que ha tenido gran protagonismo la próxima celebración del I Congreso Internacional de la FICP, se ha explicado a los interesados que ya se dispone de la posibilidad de pago de las cuotas mediante tarjeta de crédito, para muchos más sencilla y económica.

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)

- **18 de diciembre de 2014:** nombramiento del **Prof. Dr. Raúl Cervini**, Catedrático de y director del Departamento de Derecho Penal de la Univ. Católica del Uruguay, como **Prof. de Servicio Distinguido de Derecho Penal Económico**

por la **George Mason University de Virginia**, cuyo diploma se reproduce a continuación:



- **Marzo de 2015:** concesión por la ANECA de la acreditación como **Prof. Ayudante Doctora** de la **Prof. Dra. Paz Francés Lecumberri**, Prof. Ayudante de la Universidad Pública de Navarra y socia de la FICP.

2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

- **Patronos** (con asterisco los patronos):
 - Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º

aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 177-206.

- Díaz y García Conlledo, Miguel*, En España, como en Alemania, no existe ya un derecho de corrección paterna violenta. Pero no cualquier corrección violenta es punible, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 207-222.
- Durán Seco, Isabel*, La responsabilidad penal del Rey. Una cuestión que ha de someterse a debate, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 391-410.
- Gómez Martín, Víctor*, Dominio del hecho y delitos especiales: ¿dos realidades conciliables? en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 325-342.
- Jericó Ojer, Leticia*, La atenuante de reparación del daño (artículo 21,5 del CP) y su vinculación con los procesos de mediación penal, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 713-730.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Exculpación por inexigibilidad penal individual, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 343-360.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal, RDPyC (LaLey-Thomson, Buenos Aires), 2015-1, pp. 36-66.
- Olaizola Nogales, Inés*, El principio de oportunidad. ¿Modernización o crisis del Derecho Penal?, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 775-792.

- Paredes Castañón, José Manuel*, La prohibición de conductas dañosas para bienes jurídicos y los principios de justicia, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 53-78.
 - Roso Cañadillas, Raquel*, Algunas reflexiones sobre los nuevos fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 413-438.
 - Trapero Barreales, María A.*, Las nuevas (o reforzadas) funciones del Derecho penal laboral: al servicio de la lucha contra la competencia desleal y el control de los flujos migratorios, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 245-263.
 - Vicente Remesal, Javier de*, Omisión del deber de vigilancia en la empresa: comisión por omisión y tipificación expresa del favorecimiento omisivo de delitos, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda*/Rueda/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 7-40.
- **Socios** (con asterisco los socios):
- Aponte Cardona, Alejandro*, ¿Es posible la paz con justicia? Los límites de la función punitiva en la lógica transicional, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 309-328.
 - Bolea Bardón, Carolina*, Poder de mando y autor tras el autor, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 157-176.
 - Boldova Pasamar, Miguel Ángel*, La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013, en: Dogmática del Derecho Penal material

y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 351-372.

- Castillo Monterrey, Marcelo A.*, El expolio de las riquezas nacionales: un nuevo reto para el Derecho Penal Internacional, en: Demetrio Crespo* (dir.)/Maroto Calatayud (coord.), Crisis financiera y Derecho penal económico, BdeF – Edisofer, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 211-232.
- Coaña Be, Luis*, México: ¿garantismo o derecho penal del enemigo?, México, UBIJUS-Miguel Ontiveros, 2014.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Pacheco. Delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y falsedad en documento oficial con carácter continuado y en concurso medial, Diario La Ley, 8483, 18 de febrero de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Delito de administración desleal: inexistencia: administrador de fincas que dispuso para sí indebidamente de fondos de la comunidad de usuarios de un aparcamiento sin su autorización, Diario La Ley, 8483, 18 de febrero de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Asesinato de 11 ancianos en un centro geriátrico. Interpretación del art. 406 LECrim: la confesión del hecho exige ser probada, la de la autoría basta en si misma, Diario La Ley, 8483, 18 de febrero de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Prescripción de delitos conectados procesalmente pero no materialmente, Diario La Ley, 8483, 18 de febrero de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Marchena. ADN. Toma de muestras biológicas al detenido: exigencias legales y exigencias jurisprudenciales: el discutido derecho a la asistencia letrada en la prestación del consentimiento del detenido, Diario La Ley, 8497, 10 de marzo de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Delito de posesión y distribución de pornografía infantil del artículo 189.1 b) CP: aplicación de supuestos agravados del párrafo 3.º del mismo precepto excepto el de su letra a), Diario La Ley, 8497, 10 de marzo de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Derecho a la información en los procesos penales. Interpretación de la Directiva 2012/13/UE: extensión y delimitación del «derecho de acceso a los materiales del expediente», Diario La Ley, 8497, 10 de marzo de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso PICABEA. Acumulación de condenas: inclusión de sentencias dictadas por Tribunales de Estados miembros de la Unión Europea, Diario La Ley, 8497, 10 de marzo de 2015.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Uso de tarjetas de empresa: delitos de apropiación indebida o delito societario de administración desleal. Consecuencias de la reforma penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 20 marzo, Diario La Ley, 8533, 6 de mayo de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Comisarías. Eficacia probatoria de las declaraciones prestadas en sede policial: confusión jurisprudencial, Diario La Ley, 8533, 6 de mayo de 2015.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Caso Gordillo. Condena por delito de usurpación de inmuebles y absolución por delito de desobediencia grave a la autoridad o sus agentes, Diario La Ley, 8533, 6 de mayo de 2015.
- Donna, Edgardo Alberto*, Teoría general del error, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 223-230.
- Escobar Vélez, Susana*, ¿Es posible y conveniente la armonización del tratamiento penal juvenil en la Unión Europea?, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 411-430.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, El fundamento de la responsabilidad penal de las empresas y otras personas jurídicas: un debate interminable, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 41-70.
- Franco Loor, Eduardo*, El dolo en Derecho penal, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 247-274.
- Francés Lecumberri, Paz*, El concepto “correcto funcionamiento de la sociedad” como criterio útil para determinar la puesta en peligro del patrimonio en el art. 290 del Código Penal, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t.II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 71-87.

- Gracia Martín, Luis*, La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 107-149
- Hormazábal Malarée, Hernán*, El principio internacional de interdicción de la impunidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su impacto en los sistemas penales domésticos, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 35-52.
- Moreno Hernández, Moisés*, La nueva legislación procesal penal en México (La lucha por un modelo procesal penal y la influencia del sistema procesal angloamericano), en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 731-774.
- Pérez del Valle, Carlos*, Estatus y derechos del imputado en el proceso, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 817-837
- Ragués i Vallès, Ramon*, La doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 379-400.
- Robles Planas, Ricardo*, Sobre la exclusión del injusto penal, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 401-412.
- Rodríguez Vázquez, Virxilio*, Aproximación al delito de child grooming del artículo 183 bis del Código Penal desde la óptica de los principio de lesividad y de proporcionalidad, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º

aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 671-686.

- Rueda Martín, M^a Ángeles*, La cooperación por omisión en un delito de acción doloso y la determinación de su identidad con la cooperación activa: una propuesta, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 439-466.
- Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme*, Un fantasma recorre Europa: hacia un discurso jurídico penal europeo, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 79-92.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, Los delitos de peligro. Propuestas para su legítima aplicación, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 467-486.
- Silva Sánchez, José María*, Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 487-506.
- Vallejo Jiménez, Geovanna Andrea*, La responsabilidad penal por imprudencia del profesional de la salud por la fuga del paciente con trastorno mental del centro hospitalario, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 687-706.
- Velásquez Velásquez, Fernando*, ¿Principio de legalidad o principio de ilegalidad? en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/Rueda*/Suárez/Urquizo, eds.), t. I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 109-132.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Bases para la delimitación del objeto material en el delito de iniciados, en: Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º

aniversario (Gimbernat/Gracia*/Peñaranda/ Rueda*/ Suárez/Urquizo, eds.), t. II, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, pp. 265-285.

- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Concurso entre el delito de estafa y el uso de información privilegiada bursátil, en: Demetrio Crespo* (dir.)/Maroto Calatayud (coord.), Crisis financiera y Derecho penal económico, BdeF – Edisofer, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 889-906.

67 AUTORES CLAVES DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Las figuras más representativas del Derecho Penal y Procesal Penal europeo y latinoamericano escriben por primera vez en una obra colectiva sin precedentes

→ y otros connotados autores

¡Una obra imperdible!

Obra colectiva esencial para conocer el desarrollo y los problemas actuales del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho de Ejecución Penal y materias conexas. Los artículos y ensayos que la conforman han sido elaborados por prestigiosos y reconocidos profesores y juristas europeos y latinoamericanos. Los temas abordados abarcan los fundamentos y principios del Derecho Penal, la teoría general del delito, la parte especial del Derecho Penal, el Derecho Penal económico, del ambiente y de la empresa, la Política criminal, el Derecho de Ejecución Penal y el Derecho Procesal Penal.

CON EL RESPALDO DEL GRUPO
GACETA JURIDICA
21 AÑOS DE LIDERAZGO

DOGMA DEL DER PENAL MATERIAL Y POLITICA CRIMINAL CONTEMPORANEA

DOGMA DEL DERECHO PENAL MATERIAL Y POLITICA CRIMINAL CONTEMPORANEA

Cartel promocional de la obra Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. **Homenaje a Bernd Schönemann** por su 70º aniversario (Gimbernat/Gracia/Peñaranda/Rueda/ Suárez/ Urquizo, eds.), Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014

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

– *Ponencias en seminarios, congresos o cursos. Conferencias:*

- 19 de marzo de 2015. Ponencia del presidente de honor de la FICP, Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña: “Exculpación por inexigibilidad penal individual”. Seminario Exculpación por inexigibilidad individual, organizado por la UBA y el Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Facultad de Derecho Univ. de Buenos Aires (UBA), Argentina.
- 25 de marzo de 2015. Ponencia del presidente de honor de la FICP, Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña: “Exculpación por inexigibilidad penal individual”. Seminario Exculpación por inexigibilidad individual (co-ponente con Prof. Dr. Dr. h.c. mult. E, Raúl Zaffaroni), organizado por la Fac. de Derecho Univ. Nac. de La Matanza, Buenos Aires.
- 21 de abril de 2015. Conferencia del patrono Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta: “Política criminal y realidad social colombiana”. Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. León, España.
- **6 de mayo de 2015.** Ponencia de la Prof. Dra. Marta Zubiaur González: “El deporte como instrumento de integración social”. II Congreso Nacional Penitenciario Legionense sobre "La prisión como espacio de integración social: nuevos retos y perspectivas de futuro", coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la FICP (dir.: Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo). Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León (España).
- **14 de mayo de 2015.** Ponencia del socio Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *compliance*”. I Congreso Internacional sobre Gobierno Corporativo de la Empresa, organizado por el Grupo de Investigación Consolidado de la AGAUR sobre “Gobierno Corporativo de la Empresa” y el Departamento de Derecho Mercantil, del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona. Barcelona (España).
- **29 y 30 de mayo de 2015.** Con motivo de la próxima celebración del I Congreso Internacional de la FICP, sobre “Retos actuales de teoría del delito”, organizado por la FICP y el Dpto. de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona, tendrán lugar las siguientes ponencias de patronos y socios de la FICP:

Primera sesión: “Bienes jurídicos o deberes y obligaciones (*Obliegenheiten*) como base del Derecho penal. ¿Delitos de peligro o fases previas a la consumación?”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde.

- Ponencia del Dr. h.c. mult. E. Raúl Zaffaroni: “Bienes jurídicos e infracción de deberes”
- Ponencia del Prof. Dr. Javier A. De Luca.: “Bienes jurídicos e infracción de deberes”.
- Ponencia del Prof. Dr. Luis Greco: “Bienes jurídicos colectivos”.
- Ponencia de la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales: “Delitos de peligro”.
- Ponencia de la Prof. Dra. Soledad Barber Burusco: “Actos preparatorios punibles”.

Segunda sesión: “Codelincuencia: autoría y participación. Concepto y formas. Problemática en los delitos especiales y en delitos imprudentes”, moderada por el Excmo. Sr. D. Eduardo Torres Dulce.

- Ponencia del Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo: “Autoría”.
- Ponencia del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín: “Participación en delitos especiales”.
- Ponencia de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo: “Autoría y participación en delitos imprudentes”.
- Ponencia de la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas: “Autoría y participación imprudentes”.
- Prof. Dra. Carolina Bolea Bardón: “El autor tras el autor; autoría y participación en aparatos organizados de poder”.

Tercera sesión: “Problemas actuales de la imputación objetiva y exclusión de la tipicidad. Imputación a la conducta de la víctima. Límites del riesgo permitido. Imputación objetiva en la omisión. Comportamientos neutros”, moderada por el Excmo. Sr. D. Juan Manuel Maza Martín.

- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña: “Falta de imputación objetiva y otras formas de exclusión de la tipicidad”.
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá: “Imputación objetiva e imputación a la conducta de la víctima”.
- Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón: “Riesgo permitido”.
- Ponencia del Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos: “Imputación objetiva en la omisión”.
- Ponencia del Prof. Dr. Ricardo Robles Planas: “Comportamientos neutros”.

Cuarta sesión: “La imputación subjetiva en la actualidad. Dolo: requisitos, límites y prueba. Error. Ignorancia deliberada. Imprudencia”, moderada por el Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta.

- Ponencia del Prof. Dr. Ramon Ragués i Vallès: “Dolo y su prueba”.
- Ponencia del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal: “Imprudencia en el ámbito médico”.
- Ponencia de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales: “Error, en especial error de prohibición”.
- Ponencia del Prof. Dr. Luis E. Chiesa: “Imputación subjetiva: comparación common law/Derecho continental”.

Quinta sesión: “¿Nueva forma de imputación de la responsabilidad penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, moderada por el Prof. Dr. Jaime Lombana Villalba.

- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig.
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín
- Ponencia del Prof. Dr. Luigi Foffani.
- Ponencia del Prof. Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra: “Responsabilidad civil directa y subsidiaria de la persona jurídica”.

– ***Organización de seminarios y congresos:***

- 12-22 de enero de 2015. Curso intensivo de postgrado "Prevención de la corrupción en los sectores público y privado". Organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Univ. de Castilla-La Mancha (dirs: Profs. Dres. Eduardo Demetrio Crespo y Nicolás González-Cuéllar Serrano).
- 21 y 22 de abril de 2015. XI Jornadas de Estudios Penitenciarios. Organizadas por la Asociación Salhaketa, el Área de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra y la Facultad de Ciencias Jurídicas (coords. Profs. Inés Olaizola Nogales y Paz Francés Lecumberri). Pamplona, Navarra (España).
- **7 y 8 de mayo de 2015.** II Congreso Nacional Penitenciario Legionense sobre "La prisión como espacio de integración social: nuevos retos y perspectivas de futuro". Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias y la FICP (dir.: Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo). Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León (España). El cartel y tríptico están disponibles en nuestra página web www.ficp.es en Noticias y Cursos/Próximos cursos.

- **29 y 30 de mayo de 2015.** I Congreso Internacional de la FICP sobre “Retos actuales de teoría del delito”. Organizado por la FICP y el Dpto. de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona (dirs.: Profs. Dres. Luzón Peña, Mir Puig, Corcoy Bidasolo y Gómez Martín; coords.: Prof. Dr. Juan Sebastián Vera Sánchez y D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz). Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona (España). El programa se encuentra disponible en nuestra página web www.ficp.es en Noticias y Cursos/Próximos cursos.
 - **Junio de 2015.** XVIII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal sobre “Derecho penal general y de empresa”. Coorganizado por el Área de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h. c. Diego-M. Luzón Peña; coords.: Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas, Prof. Dr. J. Zamyra Vega Gutiérrez, Prof. E. Luzón Campos y D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz). Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá (España).
 - **9 y 10 de julio de 2015.** XVI Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal sobre "la justificación del castigo penal". Organizado por las Áreas de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Univ. de León, y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado). Facultad de Derecho, Univ. de León (España). El cartel y programa se publicarán próximamente disponible en nuestra página web www.ficp.es en Noticias y Cursos/Próximos cursos.
 - **14-25 de septiembre de 2015.** Escuela de verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana (2015). Organizada por la Facultad de Derecho de la Univ. Georg-August de Göttingen, el Instituto de Ciencias Criminales y el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos). Facultad de Derecho, Georg-August de Göttingen (Alemania). El programa está disponible en nuestra página web www.ficp.es en Noticias y Cursos/Noticias de otras entidades.
-